

Die Einschränkung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung durch das Beamtenverhältnis

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen-Nürnberg 1961

vorgelegt
von Hermann Götzl
aus Bayreuth

Die Einschränkung
des Grundrechts der freien Meinungsäußerung
durch das Beamtenverhältnis.

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen - Nürnberg

vorgelegt von
Hermann G ö t z l
aus Bayreuth

Approbiert am: 8. Dezember 1961



Referent: Professor Dr.Dr.Dr. W. Leisner

Dekan: Professor Dr. J. Herrmann

Inhaltsübersicht.

Verzeichnis der Abkürzungen	S. I-II
Literaturverzeichnis	S. III-X

Hauptteil:

Einleitung: Vorstellung des Themas	S. 1
Kapitel A : Bedeutung und Begriff des Grundrechts der freien Meinungsäußerung.	S. 3 ff.
1. Die Bedeutung der Grundrechte im allgemeinen.	S. 3
2. Die Bedeutung des Grundrechts der Meinungsfreiheit.	S. 5
3. Begriff, Inhalt und Wesen des Grundrechts der Meinungsfreiheit.	S. 7
Kapitel B : Das Beamtenverhältnis.	S. 14 ff.
1. Begründung und Beendigung des Beamtenverhältnisses.	S. 14
2. Der Beamte als Organ des Staates.	S. 16
3. Wesen und Kriterien des Beamtenverhältnisses.	S. 17
4. Das Beamtenverhältnis im System unserer Rechtsordnung.	S. 20 ff.
a) Das besondere Gewaltverhältnis.	S. 20
b) Das Wesen des besonderen Gewaltverhältnisses.	S. 22
c) Das Beamtenverhältnis: seiner Rechtsnatur nach ein besonderes Gewaltverhältnis des öff. Rechts.	S. 24
5. Die Ablehnung der Bezeichnung "besonderes Gewaltverhältnis" für das Beamtenverhältnis.	S. 25

6. Die Bedeutung des Berufsbeamtentums:
das Berufsbeamtentum, eine staatspo-
litische Notwendigkeit. S. 31

Kapitel C : Zulässigkeit der Einschränkung des Grund-
rechts der freien Meinungsäußerung durch
das Beamtenverhältnis. S. 34 ff

I. Die grundsätzliche Geltung der Grund-
rechte im Beamtenverhältnis. S. 34

1. Überblick über die verschiedenen Auf-
fassungen in Schrifttum und Praxis zur
Frage der Geltung der Grundrechte im
Beamtenverhältnis.
 - a) vor dem Inkrafttreten der Weimarer
Reichsverfassung. S. 35
 - b) Während der Geltung der Weimarer
Verfassung. S. 37
 - c) Der Sachstand nach dem Inkrafttre-
ten der Bayerischen Verfassung und
des Grundgesetzes. S. 41
2. Die grundsätzliche Geltung der Grund-
rechte innerhalb des Beamtenverhält-
nisses. S. 42
3. Die Notwendigkeit einer Einschränkung
von einzelnen Grundrechten durch das
Beamtenverhältnis. S. 46

II. Die Einschränkung des Grundrechts der
freien Meinungsäußerung im allgemeinen. S. 47 ff

1. Die Einschränkung von Grundrechten
im allgemeinen. S. 47
 - a) Die Unantastbarkeit der Grundrech-
te als Grundsatz des demokratischen
Rechtsstaats. S. 47
 - b) Die verfassungsrechtlichen Schran-
ken. S. 48
2. Die Schranken des Art. 5 II GG. S. 53

3. Die "allgemeinen Gesetze" nach Art. 5
Abs. II GG und ihr Verhältnis zu Art.
19 GG. S. 55

- III. Die Einschränkung des Grundrechts der
freien Meinungsäußerung durch das Beam-
tenverhältnis. S. 63 ff.

Vormerkung: Die Doppelstellung des Beam-
ten. S. 63

1. Die verschiedenen Auffassungen in der
Rechtslehre zur Begründung der Ein-
schränkbarkeit. S. 64

- a) Begründung aus dem besonderen Ge-
waltverhältnis. S. 64
- b) Die Lehre von der freiwilligen Un-
terwerfung. S. 65
- c) Die Lehre nach von v. Mangoldt-
Klein. S. 66

2. Kritik dieser Lehrmeinungen.

- a) Zur Lehre von der Begründung aus dem
besonderen Gewaltverhältnis. S. 69
- b) Zur Lehre nach von v. Mangoldt-
Klein. S. 70
- c) Die Ablehnung der Lehre von der frei-
willigen Unterwerfung.
 - aa) Zur Lehre vom Verzicht auf die
Ausübung eines Grundrechts. S. 72
 - bb) Keine Vereinbarkeit der Lehre
von der freiwilligen Unterwer-
fung mit der Verfassung. S. 75
 - a₁) Die Geltung des Grundsatzes
der Gesetzmäßigkeit der Ver-
waltung im Beamtenverhältnis. 75
 - a₂) Ablehnung der Lehre vom sog.
Vorbehalt des Gesetzes im
Beamtenverhältnis. S. 77
 - a₃) Freiwilliger Eintritt ersetzt
nicht das Gesetz. S. 79

3. Die Treuepflicht als verfassungsrechtli-
che Begründung für die Zulässigkeit der
Einschränkung des Grundrechts der freien
Meinungsäußerung. S. 85

4. Die Einschränkung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung durch die Beamtengesetze. S. 91
 - a) Die einzelnen Vorschriften der Beamtengesetze. S. 91
 - b) Vereinbarkeit der Vorschriften der Beamtengesetze mit der Verfassung. S. 92
 - a₁) Kein Verstoß der Vorschriften des Bundesbeamtengesetzes gegen den Grundsatz des Art. 19 I 2 GG. S. 92
 - a₂) Kein Verstoß der Beamtengesetze gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. I GG. S. 95

Kapitel D : Grenzen der Einschränkung der freien Meinungsäußerung durch das Beamtenverhältnis. S. 97

- I. Umfang der Einschränkung im allgemeinen. S. 97
- II. Die Einschränkung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung im einzelnen. S. 99
 1. Die Einschränkung von Meinungsäußerungen dienstlicher und privater Natur. S. 99
 2. Die Einschränkung von Meinungsäußerungen politischer Art. S. 100
 - a) Das Verhältnis von Berufsbeamtentum und Politik. S. 100
 - b) Die Verpolitisierung des Berufsbeamtentums. S. 100
 - c) Die politischen Meinungsäußerungen. S. 110
 - d) Das Eintreten für politische Parteien. S. 110

Lebenslauf S. 110

Verzeichnis der Abkürzungen

A.A.	= Anderer Ansicht
aaO.	= am angeführten Orte
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
BayBG	= Bayerisches Beamtengesetz vom 28.10.1946
BayDStH	= Bayerischer Dienststrafhof
BayVerfGH	= Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerwBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter, Zeitschrift
BayVerwGH	= Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BBG	= Bundesbeamtengesetz vom 18.9.1957
BBZ	= Bayerische Beamtenzeitung, Zeitschrift
BGBI.I,II	= Bundesgesetzblatt, Teil I, Teil II
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHSt	= Rechtsprechung des BGH in Strafsachen
BGHZ	= Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen
BDH(S)	= Bundesdisziplinarhof(amtliche Entsch.sammlung)
BuDisziplO.	= Bundesdisziplinarordnung
BK	= Kommentar zum Bonner Grundgesetz(Bonner Kommentar), herausgeg. von Bodo Dennewitz u.a. Hamburg 1950 ff.
BuVerfG(E)	= Bundesverfassungsgericht(Entscheidungssammlung)
BuVerwG(E)	= Bundesverwaltungsgericht(Entscheidungssammlung)
BV	= Bayerische Verfassung vom 2.12.1946
DBG	= Deutsche Beamtengesetz vom 26.1.1937
DDb	= Der Deutsche Beamte, Zeitschrift
Diss.	= Dissertation
DJT	= Deutscher Juristentag
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung, Zeitschrift
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt, Zeitschrift
E.	= Entscheidung
Erl.	= Erläuterung(en)
FamRZ	= Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GG	= Grundgesetz der Bundesrepublik vom 23.5.1949
GMBL.	= Gemeinsames Ministerialblatt
GVBl.	= Gesetz und Verordnungsblatt
HdbStR I,II	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgeg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Tübingen, 2 Bände, 1930 und 1932
h.L.	= herrschende Lehre

JR	= Juristische Rundschau, Zeitschrift
JZ	= Juristenzeitung, Zeitschrift
Komm.	= Kommentar
Lb.	= Lehrbuch
LS	= Leitsatz
LVG	= Landesverwaltungsgericht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht, Zeitschrift
NDBZ	= Neue Deutsche Beamtenzeitung, Zeitschrift
NF	= Neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift, Zeitschrift
OVG	= Oberverwaltungsgericht
Recht-Staat-Wirtschaft I,II,III,IV	Recht-Staat-Wirtschaft, Schriftenreihe des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen für Staatswissenschaftliche Fortbildung, Bde. I u. II: Stuttgart und Köln, 1949 u. 1950; Bde. III u. IV: Düsseldorf 1953
RGSt	= Reichsgericht in Strafsachen (amtliche Sammlung)
RGZ	= Reichsgericht in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
RiA	= Recht im Amt, Zeitschrift
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung, Zeitschrift
StGB	= Strafgesetzbuch
StGH	= Staatsgerichtshof (für das Deutsche Reich)
U.	= Urteil
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	= Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht
ZgesStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Literatur - Verzeichnis

- A b r a h a m Hans-Jürgen, Kommentar zum Bonner Grundgesetz (BK),
Dennewitz Bodo u. a. Hamburg 1950 ff
- A n s c h ü t z Gerhard Die Verfassung des Deutschen Reiches,
14. Auflage, Berlin 1932
Grundrechte und Grundpflichten der
Reichsverfassung, Kommentar, Berlin 1929
- Anschütz Gerhard - T h o m a Handbuch des Deutschen Staatsrechts,
Richard 2 Bände, Tübingen 1930 und 1932
- A d a m o v i c h Ludwig Handbuch des österreichischen Verwal-
tungsrechts I, II 5. Aufl. Wien 1953/4
- A n t o n i o l l i Walter Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954
- A p e l t Willibalt Geschichte der Weimarer Verfassung,
München 1946
- B a c h o f Otto "Verwaltungsakt und innerdienstliche
Weisung" in Verfassung und Verwaltung
in Theorie und Wirklichkeit (Festschrift
für Laforet), München 1952
"Der Rechtsweg für Ansprüche aus dem
Beamtenverhältnis" in DÖV 1951, 477 ff
"Begriff und Wesen des sozialen Rechts-
staats" in VVDStRL 12, Berlin 1954
"Der Rechtsschutz im öffentl. Recht: ge-
löste und ungelöste Probleme" in DÖV
1953 S. 417 ff
- B e h n k e Kurt Kommentar zur Bundesdisziplinarordnung,
Stuttgart-Köln 1954
- B o c h a l l i Alfred Kommentar zum Bundesbeamtengesetz
(Handkommentar) München-Berlin 1954
- B ö k e n k r ü g e r Wil- "Der Beamte im modernen Staat" in DDB
helm 1956 S. 145 ff
- B o r n h a k Conrad Grundriß des Deutschen Staatsrechts,
6. Auflage, Leipzig-Erlangen 1921
- B r a n d Arthur Das Beamtenrecht (Die Rechtsverhält-
nisse der preuß. Staats- und Kommunal-
beamten), Berlin 1928
- B r i l l Hermann "Die Grundrechte als Rechtsproblem" in
DÖV 1948 S. 54 ff
"Grundrechte und Beamtenpflichten" in
DDB 1956 S. 60 ff

- C o i n g Helmut Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950
Die obersten Grundsätze des Rechts, Heidelberg 1947
- D a n n e Georg Deutsches Recht, Stuttgart-Köln 1951
- D a n i e l s "Rechte und Pflichten der Beamten" in HdbStR II S. 41 ff
- D i s t e l Josef "Die Meinungsfreiheit der Beamten" in DDSt 1958 S. 83 ff
- D ü r i g Günter "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde" in AöR Bd. 81 (1956) S. 117 ff
- Dürig - M a u n z Theodor Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin 1960 ff
- E r m a c o r a Felix "Das besondere Gewaltverhältnis in der österreichischen Rechtsordnung" in DÖV 1956 S. 529 ff
- E s c h e n b u r g Theodor Der Beamte in Partei und Parlament, Frankfurt 1952
Staat und Gesellschaft in Deutschland Stuttgart 1956
- F e l d m a n n Horst - Geisel Margot Deutsches Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, Stuttgart 1954
- F e n g e Die Stellung des Beamten gegenüber staatsfeindlichen Parteien, Diss. Berlin 1932
- F i s c h b a c h Oskar Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, Köln Berlin 1956
"Zur Neugestaltung des Beamtenrechts" DÖV 1950 S. 453 ff
"Berufsbeamtentum" in DÖV 1951 S. 532
"Die hergebrachten Grundsätze" in DVSt 1951 S. 99 ff
- F l e i n e r Fritz Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928
- F o r s t h o f f Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd. Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München Berlin 1958
"Verfassungsrechtliche Prolegomena zu Art. 33 Abs. V GG" in DÖV 1951 S. 466

- Freiwald Günter Das Recht der freien Meinungsäußerung,
Diss. München 1951
- Friedrich Carl Der Verfassungsstaat der Neuzeit,
Berlin 1956
- Friesenhahn Ernst "Der Rechtsschutz im öffentl. Recht
nach dem Bonner GG" in DVBl. 1949, 478
- Geffers Wilhelm "Die politischen Beamten" in DVBl. 1958
S. 658
- Geiger Willi Gesetz über das Bundesverfassungsge-
richt, Kommentar, Berlin-Frankfurt 1952
- Geisel Margot - Deutsches Verfassungsrecht des Bundes
Feldmann Horst und der Länder, Stuttgart 1954
- Gerber Carl-Friedrich Grundzüge des Deutschen Staatsrechts,
3. Auflage, Jena 1880
- Gerber Hans "Entwicklung und Reform des Beamten-
rechts" in VVDStRL 7(1932) S. 49 ff
"Die grundsätzliche Bedeutung der beam-
tenrechtl. Regelungen des Bonner GG" in
DVBl. 1951 S. 489
- Gericke Werner "Einschränkung der Grundrechte durch
das Beamtenrecht" in RiA 1955 S. 209 ff
- Gerner Gernot Die Problematik der besonderen Gewalt-
verhältnisse des öffentlichen Rechts,
Diss., Erlangen 1954
- Giese Friedrich Grundgesetz für die Bundesrepublik,
Kommentar, Frankfurt 1949
"Das Berufsbeamtentum als Grundpfeiler
des demokratischen und sozialen Rechts-
staats" in NDBZ 1956 S. 133 ff
- Grabendorff Walter "Ist die Beschränkung der staatsbürger-
lichen Rechte des Bundesbeamten rechts-
gültig?" in DÖV 1951 S. 550 ff
"Nochmals: Das Recht des Beamten auf
Mitgliedschaft und Tätigkeit in einer
demokratischen Partei" in ZBR 1956, 139ff
- Grewé Wilhelm Gutachten zum Beschluß der Bundesregie-
rung vom 19.9.1950 in "Politische Treu-
pflicht im öffentlichen Dienst" in Sam-
melband 2 zum Verwaltungsrecht, Frank-
furt 1951 S. 35 ff
- Haman Andreas Das Grundgesetz, Kommentar, Berlin 1956
"Volksbefragungen und Grundgesetz" in
RiA 1958 S. 145 ff

- H ä n t z s c h e l Kurt "Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung und die Schranken der allgemeinen Gesetze" in AöR 10(1926) S. 228 ff
"Das Recht der freien Meinungsäußerung in HdbStR II S. 651 ff
- H a t s c h e k Julius Deutsches und Preußisches Staatsrecht Berlin 1922
- H e l f r i t z Hans Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl., 1948
- H e y l a n d Carl Das Berufsbeamtentum im demokratischen deutschen Staat, Berlin 1949
"Zur Auslegung des Art. 33 V GG" in DÖV 1951 S. 462 ff
- H o e g n e r Wilhelm Lehrbuch des Bayerischen Verfassungsrechts, München 1949
- I m b o d e n Max Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel-Stuttgart 1951
- J a c o b i Erwin Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927
- J e l l i n e k Georg Gesetz und Verordnung, Freiburg 1887
Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl. Berlin 1922
- J e l l i n e k Walter Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg 1948
Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Berlin 1925
s.: Verwaltungsrechtliche Abhandlungen
Festgabe zur Feier des 50-jährigen Bestehens des POVG
- J ü s g e n Werner "Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums als Grundlage der Beamtengesetzgebung" in DÖV 1951 S. 474 ff
- K a l i s c h Werner "Grundrechte und Berufsbeamtentum nach dem Bonner Grundgesetz" in AöR(1952/53) S. 353 ff
- K e l s e n Hans Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925
Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911
- K e r n Ernst "Politik und öffentlicher Dienst in US und England" in DÖV 1951 S. 496 ff
"Berufsbeamtentum und Politik"(Glosse) in AöR 77 S. 107 ff

- K o e l l r e u t t e r Otto
Deutsches Staatsrecht, Stuttgart 1953
"Politische Treupflicht und Berufsbeamtentum" in DÖV 1951 S. 467 ff
- K ö h l G.
"Grundrechte und Beamtenrecht" in BBZ 1955 S. 97 ff
"Zur Frage des besonderen Gewaltverhältnisses" in ZBR 1957 S. 122 ff
Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht, Diss., Bern 1955
- K ö t t g e n Arnold
Beamtenrecht, Breslau 1929
"Die Entwicklung des Deutschen Beamtenrechts und die Bedeutung des Beamtentums im Staat der Gegenwart" in HdbStR II S. 18 ff
"Das Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt" in VVDStRL 6(1929)
"Das Recht des Beamten auf Mitgliedschaft und Tätigkeit in einer demokratischen Partei" in ZBR 1956 S. 110 ff
"GG und Beamtenrecht" in Recht-Staat-Wirtschaft IV(1953) S. 227 ff
- K r a t z e r Jakob
"Art 142 des GG und die Grundrechte in der Bayer. Verfassung" in Verfassung u. Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit (Festschrift für Laforet), München 1952
- K r ü g e r Herbert
"Die Einschränkung von Grundrechten nach dem GG" in DVBl. 1950 S. 625 ff
"Die Grundrechte im Beamtenverhältnis" in BBZ 1950 S. 257 ff
"Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis" in NJW 53, 1369
"Das besondere Gewaltverhältnis" in VVDStRL 15(Berlin 1957) S. 109 ff
"GG und Berufsbeamtentum" in BBZ 1950 S. 175 ff und 190 ff
- K r ü g e r Hildegard
"Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis" in ZBR 1956 S. 309 ff
- K ü c h e n h o f f Günther
Staatsrecht, Allgemeiner Teil, Hannover 1951
- L a b a n d Paul
Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Auflage, Tübingen 1901
- L a m m e r s Hans-Heinrich - Simons Walter
Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich I, Berlin

- | | |
|---|---|
| L a s s a l l y Oswald | "Schränken der Grundrechte" in MDR 19
S. 76 |
| L e i s n e r Walter | Grundrechte und Privatrecht, Münchener
öffentl.-rechtl. Abhandlungen, heraus-
gegeben von Prof. Dr. Friedr. Frhr. von
der Heydte und Prof. Dr. Theodor Maunz
München und Berlin (Beck) 1960 |
| L i n d g e n Erich | Bundesdisziplinarrecht, Hamburg 1952 |
| M a n g Johann | Lehrbuch des Verwaltungsrechts II,
München 1952 |
| v. M a n g o l d t Her-
mann | Das Bonner Grundgesetz, Kommentar,
Berlin-Frankfurt 1953 |
| v. Mangoldt - K l e i n
Friedrich | Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2.
Auflage, Berlin-Frankfurt 1955 u. 1956
(1. und 2. Lieferung) |
| M a u n z Theodor | Deutsches Staatsrecht, München und Ber-
lin 1959, 9. Auflage |
| Maunz - D ü r i g Günter | Grundgesetz, Kommentar, München und Ber-
lin, 1960 ff. |
| M a y e r Otto | Deutsches Verwaltungsrecht I und II,
3. Auflage, München-Leipzig 1924 |
| v. M ü n c h Ingo | Freie Meinungsäußerung und besonderes
Gewaltverhältnis, Diss., Frankfurt 1956 |
| N a u m a n n Richard | "Berufsbeamtentum und Staatskrisen" in
VVDStRL 13 (Berlin 1955) S. 88 ff. |
| N a w i a s k y Hans | Die Grundgedanken des Grundgesetzes
für die Bundesrepublik Deutschland,
Stuttgart-Köln 1950 |
| Nawiasky - L e u s s e r
Klaus | Die Verfassung des Freistaates Bayern
vom 2.12.1946, Handkommentar, München
Berlin 1948 mit Ergänzungsband von Na-
wiasky und Lechner Hans, 1953 |
| N e e ß e Gottfried | "Zur Meinungsfreiheit des Beamten" in
BBZ 1956 S. 65 ff. |
| N e u m a n n Franz - Nip-
perdey Hans-Carl - Scheu-
ner Ulrich I,II,III,IV | Die Grundrechte, Handbuch der Theorie
und Praxis der Grundrechte, Berlin
1954 ff (4 Bände) |
| N i p p e r d e y Hans-
Carl I, II, III | Grundrechte und Grundpflichten der
Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten
Teil der Reichsverfassung, Berlin 1928
und 1930 (3 Bände) |

- N ö l l v. d. N a h -
mer Robert "Das Berufsbeamtentum - eine staatspo-
litische Notwendigkeit" in BBZ 1951
S. 161 ff und 1952 S. 3 ff
- O b e r m a y e r Klaus Verwaltungsakt, und innerdienstlicher
Rechtsakt, Stuttgart-München 1956
- O t t o W. "Der Beamte als Träger der Staatshoheit"
in ZBR 1956 S. 233 ff
"Berufung auf die hergebrachten Grund-
sätze" in DDB 1956 S. 152 ff
- P e t e r s Hans Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949
Das Berufsbeamtentum in der Bundesrepu-
blik Deutschland, Düsseldorf 1955
- P i l o t y Robert "Streitfragen aus dem Beamtenrecht" in
AöR 33 S. 1 ff
- R i c h n e r Ernst Umfang der Grenzen der Freiheitsrechte
der Beamten nach schweizerischem Recht,
Diss., Zürich 1954
- R i d d e r Helmut "Die Meinungsfreiheit" in Neumann-Nip-
perdey-Scheuner: Die Grundrechte II,
Berlin 1954
- R ö h n l Hellmut "Die Nennung des eingeschränkten Grund-
rechts nach Art. 19 GG" in AöR 1956
(Nr. 42) S. 195 ff
- R ö m e r Curt Bundesdisziplinarordnung, Handkommentar,
München-Berlin 1953
- R o t h e n b ü c h e r "Das Recht der freien Meinungsäußerung"
Karl in VVDStRL 4(Berlin-Leipzig 1928) S.6ff
- S c h e u n e r Ulrich "Grundfragen des modernen Staates" in
Recht-Staat-Wirtschaft III, Düsseldorf
1951
Gutachten zum Beschluß der Bundesregie-
rung vom 19.9.1950 in "Politische Treu-
pflicht im öffentl. Dienst" im Sammel-
band 2 zum Verwaltungsrecht, Frankfurt
1951 S. 85 ff
- S c h o e n b o r n Walter Studien zur Lehr vom Verzicht, Stutt-
gart 1908
- S c h m i t t Carl Verfassungslehre, München-Leipzig 1928
(unveränderter Neudruck 1954)
- S e y d e l Max von Bayerisches Staatsrecht, 2. Auflage,
Tübingen 1913
- S c h u l z e Alired - Die Rechtsprechung des Reichsdisziplinar-
Simons Walter hofs, Berlin 1926

- | | |
|---|---|
| Schwerin Claudius
Frh. von - Thieme Hans | Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, Berlin-München 1950 |
| Smend Rudolf | "Das Recht der freien Meinungsäußerung in VVDStRL 4(Berlin-Leipzig 1928), 4 |
| Spanner Hans | "Berufsbeamtentum und Staatskrisen" in VVDStRL 13(Berlin 1955) S. 119 ff |
| Thieme Werner | Deutsches Hochschulrecht, Berlin-Köln 1956
"Die besonderen Gewaltverhältnisse" in DÖV 1956 S. 521 ff |
| Thoma Richard | Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht, Tübingen 1916
Der Polizeibefehl im badischen Recht, Tübingen 1906 |
| v. Turegg Kurt Egon | Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. Berlin 1956 |
| Ule Carl-Hermann | "Der Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis" in VVDStRL 15(Berlin 1957) S. 133 ff
"Politische Treupflicht im öffentlichen Dienst" in DVBl. 1951 S. 338 ff |
| Vervier Heinrich | "Meinungsäußerungsfreiheit und Beamtenrecht" in AöR NF 6(Tübingen 1924), 1 |
| Vogel Hans | Das Verhältnis der Grundrechte zu den besonderen Gewaltverhältnissen, Diss. München 1954 |
| Voigt Alfred | "Ungeschriebenes Verfassungsrecht" in VVDStRL 10 (Berlin 1952) |
| Wacke Gerhard | "Zur Neugestaltung des Beamtenrechts" in AöR 76 (Tübingen 1950/51) S. 385 ff |
| Weber Werner | Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, Stuttgart 1951 |
| Werner Fritz | "Bemerkungen zum Verhältnis von Grundrechtsordnung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit" in JZ 1954 S. 557 ff |
| Wolff Hans-Julius | Verwaltungsrecht I, 3. Auflage, Berlin-München 1959 |
| Zeihe Willi | Grundrechte und Beamtenpflichten, Diss. Köln 1953 |
| Zinn Georg August -
Stein Erwin | Die Verfassung des Landes Hessen, Kommentar I und II, Bad Homburg 1954 u. f. |

Einleitung:

Das Bonner Grundgesetz vom 23. Mai 1949 stellt an den Anfang seiner Bestimmungen einen umfassenden Katalog der Grund- und Menschenrechte. Gleichzeitig bekennt sich auch das GG in Art. 33 zum Prinzip des traditionellen Berufsbeamtentums. Mit der Hervorhebung der Grundrechte, die durch zahlreiche Einzelvorschriften formell und materiell garantiert werden, einerseits und der Eigenart der rechtlichen Ausgestaltung des Beamtendienstverhältnisses und seiner Bedeutung für die Funktionsfähigkeit der Staatsgewalt andererseits ist das Problem der Geltung und des Geltungsumfangs von Grundrechten im Beamtenverhältnis wieder neu ins Licht gerückt worden. Die Frage, ob der Beamte sich auf Grund seiner besonderen Pflichten Einschränkungen seiner staatsbürgerlichen Rechte gefallen lassen müsse, hat seit der Aufnahme von Grundrechten in die deutschen Verfassungen zwar schon immer Beachtung gefunden, eine größere Bedeutung kam ihr in Deutschland aber erst in der republikanischen Ära der Weimarer Zeit zu. Die Weimarer Verfassung von 1919 brachte nämlich den Beamten die staatsbürgerliche Freiheit; über das Verhältnis von staatsbürgerlichen Grundrechten und Grundpflichten zu den institutionellen Normen des Beamtenrechts enthielt sie jedoch keine Bestimmungen. Da fast alle Grundrechte der Weimarer Verfassung unter dem Gesetzesvorbehalt standen, war es für die Rechtsprechung und die Rechtslehre ein leichtes, das Problem des Verhältnisses von Grundrechten und Beamtenpflichten mit wenigen Sätzen zu lösen.

Die Lehrmeinungen und die Rechtsprechung des Staats- und Beamtenrechts der Weimarer Zeit, die noch stark der Denkweise der konstitutionellen Monarchie verhaftet waren, können für eine heutige Untersuchung nur in beschränktem Umfang herangezogen werden. Die Grundrechte haben im GG im Gegensatz zur Weimarer Verfassung eine verstärkte Anerkennung erfahren.

Diese Veränderung muß auch zu einer neuen Prüfung der Frage der Einschränkung von Grundrechten durch das Beamtenverhältnis führen.

Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung ist deshalb gegenüber den anderen Grundrechten herausgegriffen worden, weil sich gerade bei ihm einige interessante Fragen, die dem Thema einen politischen Akzent verleihen, ergeben.

A: Bedeutung und Begriff des Grundrechts
der freien Meinungsäußerung.

1.) Die Bedeutung der Grundrechte im allgemeinen.

An die Spitze seiner Verfassungsartikel hat das Bonner GG die Grundrechte gestellt (Art. 1 ff GG). Der Verfassungsgeber hat damit schon rein äußerlich zu erkennen gegeben, welcher großen Wert er den Grundrechten innerhalb der Verfassungsordnung beimißt. In der Tat nehmen auch die Grundrechte zu den übrigen Verfassungsartikeln, welche die Bundesorganisation und die Bundesfunktionen regeln, eine Vorrangstellung ein. Eine der wichtigsten Aufgaben einer jeden freiheitlich-demokratischen Staatsordnung besteht in der Abgrenzung und näheren Regelung des Verhältnisses zwischen Staatsbürger und Staat. Gerade diese Funktion erfüllen in erster Linie die Grundrechte. Die grundsätzliche Bedeutung der Grundrechte liegt also darin, daß sie über das Verhältnis des einzelnen zum Staat als Hoheitsträger aussagen.

Die ersten Grundrechtskataloge der abendländischen Staatenwelt entsprangen "dem Bestreben, den antiabsolutistischen Lehren des Natur- oder Vernunftrechts von der Begrenztheit der Staatsgewalt und von den unveräußerlichen Freiheits- und Gleichheitsrechten des Individuums einen gesetzgeberischen Ausdruck zu geben"¹⁾. Der geschichtlich-klassische Grundrechtsbegriff war demgemäß der eines status negativus sive libertatis²⁾ des einzelnen, der sich gegen die öffentliche Gewalt wendet, ein Recht des einzelnen auf eine staatsfreie Sphäre statuiert oder die Eingriffsmöglichkeiten des Staates in die individuelle Rechtssphäre in ganz bestimmte Grenzen bannt. In der Sicherung der Freiheit des einzelnen

1) so Richard Thoma in Nipperdey "Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung", Komm., Berlin 1930, S. 15 und von Mangoldt-Klein "Das Bonner Grundgesetz", Komm., Berlin-Frankfurt 1955 und 1957, S. 61.
2) so von Mangoldt-Klein, a.a.O., S. 61.

Staatsbürgers, im Schutz seiner individuellen Freiheits-sphäre gegenüber Eingriffen des Staates liegt der wichtigste Zweck der Grundrechte, insbesondere der Freiheitsrechte.

In der Weimarer Zeit hat das Reichsgericht³⁾ die Grundrechte der Verfassung einmal als "Heiligtum des deutschen Volkes" bezeichnet. "Es war ein kühnes, wohl allzuhoch gegriffenes Wort, dem weder die tatsächliche Wirkung noch die öffentliche Einschätzung voll entsprachen."⁴⁾ Aber es war doch ein Wort, das zu denken gab und zum Ausdruck brachte, daß nicht beliebigen Interessen und Wünschen, sondern nur den Rechten Grundrechtscharakter zukommen darf, die zum Ethos eines freiheitlichen Staates gehören.

Mit der Garantierung verfassungsmäßiger Grundrechte erkennt der Rechtsstaat für die Staatsgewalt gewisse Schranken an. Das GG spricht in Art.1 III aus, daß die in ihm genannten Grundrechte Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden. Damit werden die wichtigsten Rechtsgüter des Menschen mit einer weitgehenden Sicherung versehen. Die Abwertung, welche die Stellung der Einzelperson durch die nationalsozialistische Ära erfahren hatte, förderte das Bestreben, die Menschlichkeit und den Menschen wieder zum Recht kommen zu lassen.

Darin liegt die große Bedeutung der Grundrechte, daß mit ihnen, ihrer Statuierung und Sicherung, die Grundentscheidung für die Würde und Freiheit der Einzelpersonlichkeit gefallen ist. Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen. Im Mittelpunkt unseres Wertsystems steht der Mensch und an der Spitze der Rechtsordnung stehen die Grundrechte, die seine höchsten Werte, seine Würde und Freiheit, verbürgen. "Alles Recht ist nur vorhanden, um der sittlich, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen"⁵⁾.

3) in RGZ-Entscheidungssammlung Bd.102,S.165.

4) so Maunz, Deutsches Staatsrecht, 9. Aufl., München und Berlin 1959, S.77.

5) Savigny in System I S.332.

Die Grundrechte stellen jedoch nicht nur Abwehrrechte des Staatsbürgers gegen den Staat dar, wie sich aus einem geschichtlichen Rückblick über die Entwicklung und Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten ergibt. Das Bonner Grundgesetz hat auch durch seinen Grundrechtsabschnitt eine objektive Wertordnung aufgestellt.

"Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und Würde findet, gilt als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse"⁶⁾.

2.) Die Bedeutung des Grundrechts der Meinungsfreiheit.

Im Rahmen der allgemeinen Bedeutung der Grundrechte kommt dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung nach Art.5 GG insofern eine besondere Bedeutung zu, als in ihm der allgemeine Gedanke der Geistesfreiheit, der Freiheit "geistiger Wirksamkeit"⁷⁾ seinen Ausdruck findet.

Das Recht der freien Meinungsäußerung ist unter den Grundrechten als grundlegend zu bezeichnen, weil es die Entfaltung aller anderen Freiheitsrechte erst ermöglicht. Eine freie Persönlichkeit kann nur existieren, wenn sie sich auch frei äußern kann. Die Denk- und Geistesfreiheit des einzelnen muß verkümmern, wenn er seine Meinung nicht unbehindert bekanntgeben kann. Eine demokratische Willensbildung wird ausgeschlossen, wenn die Beteiligten an der Willensbildung sich nicht ungehindert auseinandersetzen dürfen. Eine Kontrolle der staatlichen Einrichtungen, Verfahren und Maßnahmen ist nicht möglich, wenn

6) so das BVerfG im U.v. 15.1.1958 in NJW 1958 S.257; zu der Streitfrage der sog. Drittwirkung von Grundrechten vgl. bes. die umfangreiche und tiefgründige Behandlung des Problems in der Monographie von Walter Leisner: Grundrechte und Privatrecht, Münchener öff. rechtl. Abhandl., München und Berlin 1960.

7) Wernicke in BK Anm. 2a zu Art. 5 GG.

eine Kritik an ihnen nicht erlaubt ist. "Alle vom Staat gewährten, noch so weitgehenden Rechte sind wertlos, wenn deren Verletzung oder Vernachlässigung nicht öffentlich beanstandet werden kann"⁸⁾, wenn die Freiheit der öffentlichen Erörterung gemeinschaftswichtiger Fragen nicht mehr gewährleistet wird.

Voltaire⁹⁾ hat einmal in wenigen Worten die Meinungsfreiheit charakterisiert, indem er sagte: "Ich stimme in keinem Wort mit dem überein, was du sagst, aber ich werde dein Recht, es zu sagen, verteidigen bis zum Tode".

Die erhebliche praktische Bedeutung, die dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung zukommt, zeigt sich besonders in den Staaten mit Diktaturgewalt. Fast jeder Diktator fordert nach kurzer Zeit seiner Machterlangung die Beseitigung des Rechts der Meinungsfreiheit.¹⁰⁾ "Die nationalsozialistische Bewegung mußte die individuellen Freiheitsrechte ausschalten, weil der völkische Staat keinen seiner Einwirkung entzogenen Freiheitsbereich des einzelnen Volksgenossen kennen kann"¹¹⁾. Ein freies geistiges Leben, Äußerungen, die überzeugend, belehrend oder sonst richtunggebend eine geistige Wirkung auf die Umwelt ausüben, sind einer Diktatur unerträglich. Eine staatliche Kontrolle der privaten Meinungsäußerung aber setzt den einzelnen Menschen ständig unter einen seelischen Druck; und dieser ständige Druck führt zu einem ständigen Angstzustand. Die Persönlichkeit Mensch wird zu willenlosen Individuen degradiert. Nicht selten bildete daher die Unterdrückung der Meinungsfreiheit eine Ursache für Umsturz und Revolution.¹²⁾

8) So Eschenburg in "Staat und Gesellschaft in Deutschland", Stuttgart 1956 S. 392.

9) Genaue Zitierstelle nicht bekannt; als Sinnspruch in der Südd. Zeitung, Jahrg. 1958.

10) Wenn auch nicht de jure Maßnahmen ergriffen werden, so auf jeden Fall de facto.

11) So Stuckart, zitiert bei Schönke, Einführung in die Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Karlsruhe 1949 S.9.

12) Vgl. den Sturz der Regierung Menderes in der Türkei am 27.5.60; das Revolutionskomitee gab zur Rechtfertigung für die Herbeiführung des Umsturzes u.a. die Unterdrückung der Meinungs- u. Pressefreiheit durch die Regierung an.

Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung ist als unmittelbarer Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (un des droits les plus précieux de l'homme nach Art. 11 der Erklärung der Menschenrechte von 1789). Für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebens-element ist. Es ist in gewissem Umfange die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom" (Cardozo)¹³⁾.

3.) Begriff, Inhalt und Wesen des Grundrechts der freien Meinungsäußerung.¹⁴⁾

Art. 5 I 1 GG gewährt jedem das Recht, seine Meinung in Wort-Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. Die erste Frage, die sich bei der Untersuchung des Begriffs und Inhalts dieses Grundrechts entgegenstellt, ist die: was sind "Meinungen"?

Unter Meinungen im Sinne dieses Grundrechts hat man Stellungnahmen wertenden (urteilenden) Inhalts zu verstehen. Im ein-

13) Vgl. BuVerfGE vom 15.1.1958 in NJW 1958 S.257 ff (258) und U.des BuVerfG vom 17.8.1956 in BuVerfGE 5 S.85 ff (205).

14) Unter dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung wird in dieser Arbeit nur das sog.klassische Grundrecht der Meinungsfreiheit, wie es im Art.5 I 1 GG verankert ist, verstanden. Diese Arbeit befaßt sich nicht mit der Freiheit der Forschung und Lehre (Art.5 III GG), obwohl die Hochschulprofessoren verbeamtet sind. Die Stellung des Grundrechts des Abs.3 im Anschluß an die von der Meinungsfreiheit handelnden beiden ersten Absätze des Art.5 ist "systematisch falsch, da es sich bei der Freiheit von Wissenschaft und Lehre...um etwas völlig anderes handelt als dieallgemeine Freiheit der Meinungsäußerung"(so Friesenhahn in Recht-Staat-Wirtschaft III S.51 ff(54); vgl.auch Köttgen "Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität" in Neumann-Nipperdey-Scheuner II S.302: "Wissenschaftliche Lehre ist...auch für das GG ein aliud gegenüber jedweder Meinungsäußerung" sowie Ridder: "Meinungsfreiheit" in Neumann-Nipperdey-Scheuner II S.249: "nur vermeintlicher Unterfall der klassischen Meinungsäußerungsfreiheit").

zeln sind es also Wertungen, Werturteile, Beurteilungen, wertende Ansichten, Anschauungen oder Auffassungen, Einschätzungen. "Meinungen" sind die "Ergebnisse von rationalen Denkvorgängen,.....jedenfalls eigene geistige Leistungen der sie äussernden Menschen"¹⁵⁾. Wesentlich ist der Meinung, daß sie vernehmbar ist und vernommen werden kann. Deshalb hat das Echo einer laut "geäußerten Meinung" mit Meinungsäußerung nichts zu tun, sondern gehört zur inneren Betätigung des freien Geistes, die weder rechtlich noch tatsächlich beschränkt werden kann.¹⁶⁾ Bei der Meinungsäußerung muß es sich um eine Mitteilung handeln, welche die Umwelt geistig beeinflussen will.

Einerlei ist, ob die Meinung auf Zustimmung oder Ablehnung stößt. Das Wissen einer Tatsache ist keine "Meinung". Die reine Tatsachenmitteilung, die bloße Wiedergabe von Tatsachen gehört deshalb nicht zur Meinung. "Meinungen" sind Stellungnahmen, die der Meinende als Denkender hervorbringt, auch wenn er oft vom Wissen einer Tatsache ausgeht. Vielfach kann in der Mitteilung einer Tatsache eine Meinungsäußerung gesehen werden, denn oft ist in der Mitteilung der Tatsache gleichzeitig auch eine Meinungsäußerung dieses Menschen enthalten. So liegt z.B. in der Auswahl der Nachrichten aus vielen eine Meinungsäußerung in der Einkleidung einer Tatsachenmitteilung¹⁷⁾. Die Unterscheidung zwischen einer Meinungsäußerung und der Wiedergabe einer Tatsache ist äußerst schwierig, "vielleicht ist eine zwingende Abgrenzung gar nicht möglich"¹⁸⁾. Ein geeignetes Kriterium kann jedoch darin erblickt werden, daß die Meinungsäußerung im Gegensatz zur Wiedergabe einer Tatsache stets die Grundlage für eine Diskussion abgeben kann, denn "Meinungsäußerungen sind Urteile und Mitteilungen, die

15) So Ridder aaO.S.248;vgl. von Mangoldt-Klein aaO. S.239; Löffler u. Weitnauer:Persönlichkeitsschutz und Meinungsfreiheit in NJW 1959 S.1 ff bzw. 313 ff und OLG Hamburg, U.v.6.5.1959 in NJW 1959, 1784.

16) Vgl.Ridder aaO.S. 248; BuVerwG U.v.20.6.1958 in NJW 1958 S. 1408:Die Meinungsäußerung ist nie eine ausschliessliche Angelegenheit des "Innenlebens", des "Nur-Geistigen", so wie es etwa die Glaubensfreiheit sein könne.

17) Vgl. Maunz aaO. S. 100, der als weitere Beispiele die Art

überzeugend, belehrend oder sonst richtunggebend geistige Wirkung auf die Umwelt haben wollen oder können"¹⁹⁾. Die "Meinung" will überzeugen; die Tatsache dagegen ist etwas Feststehendes, sie läßt sich nicht widerlegen. "Meinung" bedeutet "die Möglichkeit der Entgegnung, des Widerstreites, des Risikos, des Bekennenmüssens"²⁰⁾.

Auf welchen Gegenstand sich eine "Meinung" bezieht, ist für Art. 5 I 1 GG ohne Bedeutung, da er private wie öffentliche, politische wie unpolitische "Meinungen" schützt. Nicht zugestimmt werden kann der Auffassung von v. Mangoldt-Klein²¹⁾, daß nur "grundsätzliche Stellungnahmen irgendwelcher Art", nur "Stellungnahmen grundsätzlicher Art", "Stellungnahmen, die irgendwie allgemeingültig sein wollen" geschützt werden, denn nach dem Wortlaut des Art. 5 I 1 GG wird z.B. auch ein Werturteil über das Verhalten einer bestimmten Person in einer ganz konkreten Einzelsituation geschützt. Die Stellungnahme braucht daher keine grundsätzliche zu sein, "auch rein persönliche Überzeugungen ohne Bedeutung fallen darunter"²²⁾. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit schützt sowohl das Äußern einer richtigen wie das einer falschen Meinung. Es wird nicht vorausgesetzt, daß die Kritik objektiv, vom Standpunkt eines Fachmanns oder eines billig und gerecht Denkenden zutreffend ist.

Geschützt wird nur die "Äußerung" einer Meinung, nicht dagegen eine Willenshandlung. "Nur der geistige Kampf mit den Ergebnissen des Denkvermögens soll frei sein, also die Kundgabe mit den ideellen Mitteln sachlicher Überzeugungskraft. Verletzt die Kundgabe andere Rechtsgüter, wie Leben und Ehre, so genießt sie diesen Schutz nicht"²³⁾.

der Verbreitung und die gewählte Aufmachung bringt.

18) Ridder aaO. S. 264

19) Zinn-Stein, Die Verfassung des Landes Hessen, Komm. I und II, Bad Homburg 1954 u. 1955, Erl. 3 zu Art. 11 S. 128; BuVerfGE 7, 198 ff. (210); BuVerwG U. v. 20. 6. 1958 in NJW 1958 S. 1408: Daher ist das Tragen der Couleur keine Äußerung einer Meinung.

20) So Ingo von Münch in "Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis", Diss. Frankfurt 1957 S. 12.

21) AaO. S. 238

22) Maunz aaO. S. 100; vgl. Hamann, Das Grundgesetz; Komm., Berlin 1956, Art. 5 Anm. 3.

23) Maunz aaO., S. 100.

Zum klassischen Recht der freien Meinungsäußerung gehört neben der "Entäußerung" notwendig auch das Recht des freien Meinungs empfangs. Im Unterschied und Gegensatz dazu geht das Grundrecht der Informationsfreiheit nur auf eine Meinungsverschaffung²⁴⁾. Informationsfreiheit ist nur Meinungsverschaffungsfreiheit²⁴⁾. Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung dagegen "schützt nicht den Vorgang der Entäußerung der individuellen Meinung für sich allein, sondern auch den Empfang der Meinung und ihren Weg bis zum individuellen Empfang, wobei gegebenenfalls andere Grundrechte, wie das Brief- und Postgeheimnis, in seinem Dienst stehen. Freiheit der Meinungsäußerung und Freiheit des Meinungsempfangs gehören zusammen: das mißverständlich sog. Recht der freien Meinungsäußerung ist erst mit seiner reziproken Ergänzung durch das Recht des freien individuellen Meinungsempfangs vollständig, weil ein rechtlicher Schutz einer ins Leere geäußerten Meinung sinnlos wäre"²⁵⁾. Viel präziser gegenüber Art. 5 I 1 GG sprach bereits Art. 11 der Deklaration von 1789 nicht einseitig von "Äußerung", sondern von der "Libre communication des pensées et des opinions". Sehr deutlich bringt diese "reziproke Ergänzung" Art. 10 I der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten²⁶⁾ zum Ausdruck, wo es heißt: Jeder hat Anspruch auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Freiheit der Meinung und die Freiheit zum Empfangein. Da das Recht der freien Meinungsäußerung tatbestandsmäßig eine besondere Beziehung zwischen mindestens zwei Individuen voraussetzt, schützt das GG auch nicht nur das Äußern einer Meinung, sondern auch die darin liegende oder damit bezweckte Wirkung auf andere, denn "der Sinn der Meinungsäußerung

24) v. Mangoldt-Klein aaO. S. 239 sprechen von der zweiseitig-aktiv-passiven Meinungsäußerungsfreiheit im Gegensatz zur einseitig-aktiven Informationsfreiheit.

25) So Ridder aaO. S. 248/49.

26) Die Konvention gilt gemäß Art. III des Gesetzes über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 7.8.1952 (BGBl. II S. 953) im gesamten Geltungsbereich des GG.

ist es gerade, geistige Wirkung auf die Umwelt ausgehen zu lassen, meinungsbildend auf die Gesamtheit zu wirken"²⁷⁾.

Art. 5 I 1 GG schützt jede Form der Meinungskundgebung.

Art. 118 I 1 WRV nannte schon als Mittel und Formen der Meinungsäußerung "Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise". Diese Beispiele waren weit auszulegen, denn mit der Hinzufügung "...oder in sonstiger Weise" hat der Verfassungsgesetzgeber zu erkennen gegeben, daß auch alle weiteren Äußerungen von Meinungen geschützt werden sollen. Genauso ist Art. 5 I 1 GG aufzufassen, "der es im Bestreben nach äußerster Kürze mit der beispielhaften Aufführung der drei Mittel und Formen "Wort, Schrift und Bild" bewenden läßt"²⁸⁾.

Diese Begriffe sind weit auszulegen; die Meinungsäußerungsfreiheit gilt für "Ausdrucksformen aller Art, für jede Form der Gedankengestaltung"²⁹⁾. Nur diese weite Auslegung entspricht dem Sinn dieser Verfassungsvorschrift. Allein aus der einschränkenden Formulierung gegenüber der WRV kann eine enge Auslegung nicht hergeleitet werden. So werden auch als Äußerungsformen mitumfaßt: Schallplatten- und Spruchbandaufnahmen, Rundfunk, Vervielfältigung, Plakate, Flugschriften u.a.

Gegenüber Art. 118 I 1 WRV hat Art. 5 I 1 GG eine Erweiterung insoweit erfahren, als eine zusätzliche Sicherung gegen alle Maßnahmen, die sich gegen die freie Verbreitung der eigenen Meinung richten, eingebaut worden ist: Jeder.... frei zu äußern u n d zu verbreiten. Der Begriff des "Verbreitens" ist dabei wie bei den anderen Gesetzen (§§ 2, 3, 5 Pressegesetz; §§ 84, 110, 184, 186, 187 StGB) auszulegen. Er bedeutet "Zugänglichmachen an einen größeren Personenkreis"³⁰⁾.

27) Häntzschel in HdbDStR II S.655 und U.des BuVerfG vom 15.1.1958 in NJW 1958 S.258.

28) v.Mangoldt-Klein aaO. S. 240 und Ridder aaO. S. 274; unrichtig Feldmann-Geisel, Deutsches Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, Stuttgart 1954 S. 29

29) Maunz aaO. S.101.

30) U.des Landesverwaltungsgerichts Hamburg vom 23.6.1952 in MDR 1953 S. 126 mit zahlreichen Literaturhinweisen.

Eine Notwendigkeit, das "Verbreiten" in Art. 5 I 1 GG besonders zu erwähnen, bestand jedoch nicht, da es von der "Äußerung" als mitumfaßt angesehen werden kann. Wernicke³¹⁾ versucht zwar das Nebeneinanderstellen von "äußern" und "verbreiten" damit zu erklären, daß die Äußerung die subjektive Seite in der Person des sich Äußernden charakterisieren soll, während die Verbreitung die objektive Seite des nach außen wirkenden, mehr technischen Vorgangs kennzeichnen soll, dennoch bleibt Ridders Bemerkung richtig, daß das GG hier nur etwas verdeutliche, "was mit der Garantie der freien Meinungsäußerung bereits gegeben ist"³²⁾, denn das "äußern" im Sinne dieses Grundrechtsartikels schließt wesensnotwendig das "verbreiten" mit ein.

F r e i h e i t der Meinungsäußerung heißt, wie schon bei der Bedeutung des Grundrechts herausgestellt, daß weder die Kundgabe als solche noch deren Mitteilung an den Empfänger durch irgendwelche Maßnahmen des Staates beeinträchtigt werden darf.

Seiner Natur nach ist das Grundrecht der freien Meinungsäußerung überstaatliches Recht³³⁾, da es sich als eine Einzelausstrahlung des allgemeinen Freiheitsrechts des Art. 2 I GG darstellt³⁴⁾, das unverkennbar das bedeutendste unter den über-

31) in BK Anm.1c zu Art.5 GG; dagegen allerdings das LVG Hamburg (s.Anm.30), das Wernicke's Auffassung als "nicht überzeugend" bezeichnet. Wernicke stellt m.E. nur den begrifflichen Unterschied heraus; selbstverständlich kommt beiden Worten im sprachlichen Gebrauch verschiedene Bedeutung zu.

32) Ridder aaO.S.274; vgl. auch v.Mangoldt-Klein aaO.S.240.

33) Vgl.v.Mangoldt-Klein S.95 aaO.und Hamann aaO.Art.5 Anm.1; A.A.Maunz aaO.S.100. Die Grundrechte werden eingeteilt in überstaatliche (=vorstaatliche, überpositive) und staatsgesetzliche Grundrechte. Die überstaatlichen Grundrechte werden vom Staat nicht geschaffen, sie stehen dem Individuum an sich zu; durch die Verfassung wird ihre Existenz weder begründet, noch kann sie beseitigt werden; unter staatlichen Grundrechten sind die zur Verfügung des staatlichen Gesetzgebers stehenden Rechte zu verstehen.

34) Vgl.v.Mangoldt-Klein aaO. S.95, Maunz aaO. S.78, Dürig in AÖR 81,117 ff: das Hauptfreiheitsrecht des Art. 2 I GG wird in verschiedenartige und verschiedenwertige positivrechtliche Einzelfreiheitsrechte aufgelöst, die sich zu Art. 2 I GG nur als Anwendungsfälle verhalten. A.A.BGH im Gutachten

staatlichen Grundrechten ist. Zwar läßt sich aus der Auffassung, daß alle speziellen Freiheitsrechte nur Erscheinungsformen, Konkretisierungen des allgemeinen Freiheitsrechts sind, nicht zwingend folgern, daß nun auch alle Einzelfreiheitsrechte entsprechend Art. 2 I GG als überstaatliches Recht aufzufassen sind, jedoch ist dieser Schluß hinsichtlich des Art. 5 I 1 GG bestimmt richtig³⁵⁾. Dieses Grundrecht garantiert die Forderung nach geistiger Freiheit. Die geistige Freiheit ist aber der unmittelbarste Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit, denn der Wert der Einzelpersönlichkeit liegt gerade in seinem selbständigen eigenen Denken und Handeln. Zur freien Entfaltung der Persönlichkeit gehört daher wesensnotwendig die Freiheit der Meinungsäußerung, da eben eine Entfaltung der freien Persönlichkeit nicht möglich ist ohne die Freiheit der geistigen Auseinandersetzung, ohne den Austausch von Meinungen. Die Meinungsfreiheit ist als "angeborenes" Freiheitsrecht ein natürlicher Wesensbestandteil jeder menschlichen Person. Das in Art. 5 I 1 GG niedergelegte Freiheitsrecht ist damit als ein überstaatliches Grundrecht anzusehen.

vom 28.4.1952 in DVBl. 1953 S.472, wonach sich Art.2 I GG nicht dazu eigne, "Mutter der übrigen personenbezogenen Grundrechte des GG zu sein". Vgl. zu diesem Fragenkreis besonders Wehrhahn "Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2 I GG" in AÖR 82 S.250 ff. mit umfangreichem Literaturnachweis.

- 35) Ob die Ansicht von Hamann Art.5 Anm.3 richtig ist:"Das Grundrecht der Meinungsfreiheit ist nicht in allen seinen Ausprägungen (z.B. Freiheit von Presse, Film, Rundfunk) vorstaatliches Recht. Der zugrundeliegende Gedanke der geistigen Freiheit ist nur in seinem Wesenskern und Ausgangspunkt, nicht in allen seinen -insbesondere kulturell und soziologisch bedingten - Ausprägungen vorstaatlicher Natur.", kann hier dahingestellt bleiben, da sich diese Arbeit nur mit Art.5 I 1 GG befaßt. Vgl.Löffler in NJW 1959 S 1: Die Meinungsfreiheit ebenso wie die Freiheit des Glaubens und Gewissens bildet einen unverzichtbaren, wesentlichen Bestandteil der Würde des Menschen.

B : Das Beamtenverhältnis.

Der Staat und die ihm eingegliederten öffentlichen Verbände sind in organisatorischer Sicht Großunternehmen. Es wäre daher denkbar, daß sie auch wie Großunternehmen der Privatwirtschaft verwaltet werden würden. Aber die staatliche Verwaltung unterscheidet sich überall wesentlich von der eines großen privatwirtschaftlichen Unternehmens. Dieser Unterschied beruht auf der Eigenart des Staates, die für die Staatsbediensteten Besonderheiten geschaffen hat. "Die darüber erlassenen Rechtsvorschriften sind nur die äußere Form, hinter der sich eine tiefgreifende Verschiedenheit verbirgt. In Deutschland hat sich in 200-jähriger Entwicklung das Berufsbeamtentum herausgebildet, in dem die wichtigsten Staatsbediensteten zu "Beamten" im eigentlichen Sinne wurden"¹⁾.

1.) Begründung und Beendigung des Beamtenverhältnisses.

Der Begriff des Beamten ist nicht einheitlich. Als Beamte im Rahmen dieses Themas werden nur die Beamten im Sinne der Beamtenengesetze, also die durch einen öffentlich-rechtlichen Akt in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis berufen worden sind, angesehen. Unter ihnen versteht man auch schlechthin die "Berufsbeamten"²⁾.

Bei der Begründung des Beamtenverhältnisses ist von Bedeutung die "Berufung". Das ist der Verwaltungsakt, durch den sich eine Behörde für eine bestimmte Persönlichkeit entscheidet. Mit der Ernennung zum Beamten verändert der Bewerber seinen Rechtszustand, er wird Beamter.

1) So Peters, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949, S.237.

2) Unter Beamten versteht man im weiteren Sinne jeden Inhaber eines Verwaltungsamtes, entweder im öffentlichen Dienst des Staates, der Gemeinden oder anderer öffentlicher Körperschaften oder im Dienst bestimmter privatwirtschaftlicher Unternehmen.

Die Ernennung zum Beamten wird durch zwei Momente bestimmt: ein entscheidendes Moment ist die Willensäußerung des Hoheitsträgers, kraft deren der Bewerber aus der privaten Sphäre heraustritt und die Organschaftsqualität für den Hoheitsträger verliehen bekommt; das zweite entscheidende Moment für eine wirksame Begründung des Beamtenverhältnisses ist, da niemand gegen seinen Willen Beamter werden kann, die Mitwirkung des zukünftigen Beamten in Form eines Antrages oder der Zustimmung.

Rechtlich stellt sich die Ernennung zum Beamten als ein zweiseitiger Verwaltungsakt dar³⁾. Die von Otto Mayer⁴⁾ eingeführte und seitdem in Rechtsprechung und Schrifttum⁵⁾ sich findende Erklärung, daß sich die Berufung in das Beamtenverhältnis als ein "Verwaltungsakt auf Unterwerfung" darstellt, ist wegen der Mißverständlichkeit dieses Begriffs zu vermeiden, da er zu einseitig eine rechtliche Überlegenheit des Staates zum Ausdruck bringt. Wenn von Brand⁶⁾ mit Recht betont wird, daß die Zustimmung keine privatrechtlich zu wertende Willensäußerung ist, es sich vielmehr um einen zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt handelt, so ist das gerade der zweiseitige Verwaltungsakt⁷⁾. Diese Bezeichnung ist auch deshalb vorzuziehen, weil sie klar zum Ausdruck bringt, daß im Hinblick auf die Gültigkeit des Verwaltungsakts die Mitwirkung des Betroffenen ebenso wichtig ist, wie das Handeln des Staates bzw. seiner Behörde selbst⁸⁾.

3) Gleicher Auffassung sind Walter Jellinek in "Verwaltungsrecht" 3.Aufl., Offenburg 1948, S.251 und Peters aaO. S.257; a.A. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1.Bd.: Allgemeiner Teil, 7.Auflage, München-Berlin 1958 S.195; RGZ 84, 222; in der Rechtslehre und Rechtspraxis (vgl. die ständige Rechtsprechung des RG und RGZ 53, 427; 71, 237; 81, 383) hatte sich lange die Vorstellung gehalten, daß es sich bei der Berufung in das Beamtenverhältnis um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt. Diese Auffassung wird jedoch schon lange, auch vom RG (vgl. RGZ 84 S.222), nicht mehr vertreten.

4) In Deutsches Verwaltungsrecht II, 3.Aufl., München-Leipzig 1924 S. 221 ff.

5) Vgl. RGZ 84, 222 mit Hinweisen.

6) In "Das Beamtenrecht", Berlin 1928 S.69.

7) Mit Recht so Peters aaO. S.237 Anm.

Der Beamte kann jederzeit seine Entlassung verlangen. Das Verlangen braucht er nur seinem Dienstvorgesetzten schriftlich zu erklären (§ 30 BBG, Art. 89 BayBG). Nach Abs. 2 des § 30 BBG und Art. 89 BayBG muß diesem Verlangen entsprochen werden. Ebenso wie der Beamte freiwillig in das Beamtenverhältnis eintritt, kann er aus dem Beamtenverhältnis ausscheiden.⁹⁾

2.) Der Beamte als Organ des Staates.

Das GG hat in Art. 33 IV den schon in der Vergangenheit geltenden Grundsatz übernommen, daß die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel nur Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis stehen, zu übertragen ist. Daß unter den hier angesprochenen Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis stehen, nur die Berufsbeamten zu verstehen sind, ergibt sich, wenn man diese Vorschrift in ihrer Beziehung zu Art. 33 Abs.V GG sieht¹⁰⁾. Der im Art. 33 IV GG niedergelegte Grund-

8) Die Bezeichnung "mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt", wie Forsthoff aaO. S.195 sagt, genügt nicht, da dieser Ausdruck nicht erkennen läßt, ob nur die Rechtmäßigkeit oder auch die Wirksamkeit des Ernennungsaktes von der Mitwirkung des privaten Beteiligten abhängt. Die Frage der Bezeichnung hängt letzten Endes allein von der Einteilung der Lehre vom Verwaltungshandeln ab. In der Sache selbst sind sich die Rechtsgelehrten einig; der Streit geht nur um den geeignetsten Fachausdruck.

9) Auf die Erwähnung der anderen Möglichkeiten der Beendigung des Beamtenverhältnisses kann im Rahmen dieses Themas verzichtet werden.

10) Vgl. BVerfGE 3 S.186: es ist zwar die Auffassung vertreten worden, nach dem Wortlaut des Art.33 V GG sei nicht nur das Recht der Beamten, sondern auch das der Angestellten und Arbeiter der öffentlichen Hand unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln (vgl. Wacke: Zur Neugestaltung des Beamtensrechts, AöR 76, 385, 386). Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. Art.33 V enthält eine Anweisung an Gesetzgeber und Verwaltung, die Rechtsverhältnisse der in Art.33 Abs.IV GG

satz entspricht auch der modernen Demokratie, "der es widersteht, Hoheitsaufgaben von Privatpersonen wahrnehmen zu lassen"¹¹⁾. Es ist deshalb davon auszugehen, daß der Beamte - ursprünglich Diener des Königs - als ein Organ des Staates anzusehen ist. Der Staat als die Lebensordnung des Volkes hat, wie Fischbach es formuliert¹²⁾, das Ziel und die Aufgabe, das Allgemeinwohl zu fördern, und zwar in Gerechtigkeit und Freiheit und in dem stetigen Streben nach sozialem Ausgleich. Zur Erfüllung dieser Aufgabe und zur Erreichung dieses Zieles sind Organe notwendig, "die dieser abstrakten Staatsidee Seele und Leib verleihen"¹³⁾. Diese Organe sind die Beamten, die "unter der Autorität des Volkes Befehle geben, das Handeln des Staates realisieren und nicht selten über Leib und Leben, Vermögen und andere Rechtsgüter der Bürger verfügen"¹⁴⁾.

3.) Wesen und Kriterien des Beamtenverhältnisses.

Das Wesen des Beamtenverhältnisses zu erfassen, ist schwierig, da es im Hinblick auf die außerordentliche Verschiedenheit der Funktionen keinen einheitlichen Typus des Beamtenverhältnisses gibt. So sind z.B. Aufgabenbereich und Arbeitsweise eines Polizeibeamten ganz verschieden von denen eines Richters oder Ministerialbeamten. Ein gemeinsames Merkmal haben aber alle Beamtenverhältnisse. Es ist darin zu sehen, daß jeder Beamte Träger eines "Amtes" ist. Das "Amt"¹⁵⁾ bil-

genannten, in einem öffentl.-rechtl. Dienst- und Treueverhältnis stehenden Personen, also der Beamten, unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln. Nur auf diese bezieht sich die Vorschrift, nicht aber auf den weiteren Kreis der "Angehörigen des öffentlichen Dienstes" (vgl. v. Mangoldt - Das Bonner Grundgesetz, Komm. Berlin-Frankfurt 1953, Art. 33 Anm. 7; BK. Art. 33 Anm. 5).

11) Köttgen, Beamtenrecht, Breslau 1929, S. 15.

12) In DVBl. 1951, S. 99

13) Fischbach in DVBl. 1951, S. 99.

14) So Peters aaO., S. 237.

15) Die Bezeichnung kommt vom Gotischen "andbahti"; im althoch-

det den materiellen Inhalt eines jeden Beamtenverhältnisses. "Amt" bedeutet die Ausübung von Hoheitsfunktionen des Staates einem Bürger gegenüber und heißt daher "Dienst an der Sache, unabhängig von irgendwelchen sonstigen privaten oder parteipolitischen Interessen"¹⁶⁾. Im Dienstgedanken gegenüber dem Volke liegt das Wesen des Beamtenverhältnisses. "Beamter ist nur, wer seinen Beruf im Sinne eines Dienstes gegenüber seinem Volk ausübt"¹⁷⁾. Diese Verpflichtung des Beamten gegenüber der Gesamtheit zwingt ihn, eigene Person und Dienst an der Sache genau zu unterscheiden und erfordert von ihm streng Sachlichkeit.

Mit der Ausübung der Hoheitsfunktionen des Staates tritt der Beamte dem Staatsbürger stellvertretend für den Staat gegenüber; der Beamte als Organ des Staates übt gegenüber dem Staatsvolk die staatliche Gewalt aus. Der Dienst des Beamten ist daher "ein Stück des lebendigen, verwirklichenden Seins des Staates selbst"¹⁸⁾.

Darin unterscheidet sich auch das Beamtenverhältnis wesentlich von jedem anderen Beschäftigungsverhältnis. Im Gegensatz zum Arbeitsrecht, das den Menschen in seinem privaten Dasein bejaht, ist das Beamtenverhältnis ein öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis. Beim öffentlichen Recht geht es aber, "nicht um die Person, sondern um die Verwirklichung sachlicher Aufgaben im Allgemeininteresse"¹⁹⁾. Im einzelnen immer zugleich das Ganze zu sehen und bei jeder Entscheidung das übergeordnete Interesse der Allgemeinheit im Auge zu behalten unterscheidet den Beamten von jedem in einem anderen Dienstverhältnis Stehenden. Wenn der BayVerfGH²⁰⁾ bei der

deutschen wurde daraus "ambahti" oder "ambaht" und bedeutete "dienen"; so Kluge: Etymologisches Wörterbuch, 18. Aufl. Berlin 1960.

16) Köttgen auf der Bochumer beamtenrechtlichen Tagung nach dem Bericht von Fischbach in DVBl. 1951 S. 275.

17) Nöll von der Nahmer in BBZ 1951 S. 161.

18) So Kalisch in AÖR 1952/53 S. 344.

19) Köttgen nach dem Bericht von Fischbach in DVBl. 1951, 275.

20) BayVerfGH im U.v. 227. 1959 in BayVerwBl. 1959 S. 136; vgl.

Charakterisierung des Berufsbeamten u.a. darlegt, daß unter Berufsbeamten im herkömmlichen Sinne solche Beamte zu verstehen sind, "die in ihrem Berufe eine Lebensaufgabe sehen, eine entsprechende Vorbildung besitzen und regelmäßig auf Lebenszeit ernannt werden", so treffen diese Kriterien zwar zu, sie sind aber keineswegs geeignet, das Charakteristische des Berufsbeamten herauszustellen und den Unterschied zum Beamten der Privatwirtschaft sowie zum Angestellten des öffentlichen Dienstes zu kennzeichnen. Ebensowenig kann als wesentliches Kriterium des Berufsbeamten der Satz angeführt werden, daß der Beamte verpflichtet ist, seine volle Arbeitskraft dem öffentlichen Dienst zu widmen.

Zur Erfüllung der Aufgaben des Staates erfolgt die Berufung in das Beamtenverhältnis, und da es zu den Aufgaben des Staates gehört, das Allgemeinwohl zu fördern²¹⁾, so daß der Staat, nicht wie der private Unternehmer, keine eigensüchtigen Zwecke verfolgen und wirtschaftliche Vorteile erstreben darf, er weiterhin über den politischen Parteien und Interessengruppen zu stehen hat, daher müssen auch seine Organe, die Beamten, von diesem Leitgedanken beseelt sein.

Aus der Verpflichtung zum Dienst an der Allgemeinheit als dem wesentlichsten Kennzeichen des Beamtenverhältnisses²²⁾ ergibt sich, daß dem Beamten im Gegensatz zu dem in einem anderen Beschäftigungsverhältnis Stehenden eine besondere Treuepflicht gegenüber seinem Dienstherrn, dem Staat, obliegt, eine Treuepflicht, die auch durch die Treue zu der Gesamtheit der Staatsbürger charakterisiert wird.

auch BayVerwGH U.v.8.1.1960 (Az:58 III 58):Der Beamte steht zu seinem Dienstherrn in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis, durch das ihm seine Lebensstellung gesichert wird. Er erfaßt die gesamte Persönlichkeit des Beamten. Dieser hat sich mit seiner ganzen Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und sich mit voller Hingabe seinem Beruf zu widmen.

- 21) Es kann hier nur in dieser Allgemeinheit ausgesprochen werden.
- 22) Auf die sonstigen Unterschiede zwischen dem Beamtenverhältnis und einem sonstigen Arbeitsverhältnis (die spe-

4.) Das Beamtenverhältnis im System unserer Rechtsordnung.

a) Das besondere Gewaltverhältnis.

Rechtstheorie und Rechtspraxis unterscheiden bei den Gewaltverhältnissen zwei Arten: das *a l l g e m e i n e* Gewaltverhältnis, auch allgemeines Untertanenverhältnis genannt, und das sog. *b e s o n d e r e* Gewaltverhältnis.

Jeder, der sich in einem bestimmten Staatsgebiet aufhält, ist der Staatsgewalt des betreffenden Staates unterworfen. Kraft dieser allgemeinen Unterworfenheit hat der einzelne die vom Staat auferlegten Pflichten zu erfüllen. Nachdem somit jeder, der sich im Bereich der Staatsgewalt befindet, der staatlichen Rechtsordnung unterworfen ist, wird dieses Verhältnis des einzelnen zum Staat im Anschluß an Laband²³⁾ als allgemeines Gewaltverhältnis bezeichnet.

Im modernen Staat genügt aber bei der Kompliziertheit des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens das allgemeine Gewaltverhältnis nicht mehr zur Regelung aller Beziehungen zwischen dem einzelnen und der öffentlichen Gewalt. Neben dem allgemeinen Gewaltverhältnis kann sich daher der einzelne noch in einer intensiveren Abhängigkeit von der öffentlichen Gewalt befinden. Er unterliegt dann zusätzlich einer besonderen Gewalt, die ihn unabhängig neben der allgemeinen Staatsgewalt erfaßt. So gibt es zahlreiche Personen, die zum Staat in eine besonders enge Verbindung treten, wie z.B. die Beamten. Die Gewalt des Staates über diese Personen stützt sich dabei nicht auf die generelle Herrschaftsmacht des Staates, sondern auf ein besonderes Verhältnis öffentlich-

zifische Lebenslänglichkeit des Beamtenverhältnisses, Gestaltung des Entgeltes nach dem Prinzip des "späten Lohnes" u.a.) kann im Rahmen dieses Themas verzichtet werden.

23) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Aufl. Tübingen 1901 S. 433 ff.; Otto Mayer hat den Begriff Gewaltverhältnis übernommen und im Verwaltungsrecht zur Geltung gebracht.

rechtlichen Charakters, das sog. besondere Gewaltverhältnis des öffentlichen Rechts²⁴⁾, das seiner Natur nach ein Rechtsverhältnis ist²⁵⁾. Die Rechte und Pflichten, die durch das allgemeine Gewaltverhältnis begründet werden, bleiben daneben bestehen.

In der Gesetzessprache ist der Begriff "besonderes Gewaltverhältnis" nur einmal aufgetaucht²⁶⁾. Verwendet wurde er im Art.61 des Entwurfs der Württembergischen Verwaltungsrechtsordnung von 1931, der bestimmte, daß "die Anordnungen innerhalb besonderer Gewaltverhältnisse nicht als Verwaltungsakte im Sinne des Entwurfs zu gelten haben". Wenn dieser Ausdruck von den Gesetzgebern nicht beachtet worden ist, so ist das darauf zurückzuführen, daß es sich infolge der Vielgestaltigkeit und der erheblichen sachlichen Unterschiede zwischen den einzelnen besonderen Gewaltverhältnissen²⁷⁾ als nicht zweckmäßig erwiesen hat, gemeinsame Vorschriften für diese Rechtsverhältnisse zu erlassen.

24) Die besonderen Gewaltverhältnisse des öffentlichen Rechts werden von der bisherigen Lehre eingeteilt in a) die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse, b) die Anstaltsverhältnisse, c) die Mitgliedschaftsverhältnisse bei den Körperschaften des öffentlichen Rechts - vgl. E.des Bay VerfGH vom 20.7.1951, welche die ärztlichen Berufsorganisationen und die Rechtsanwaltskammern im Verhältnis zu ihren Mitgliedern als besondere Gewaltverhältnisse bezeichnet, d) das steuerrechtliche Überwachungsverhältnis (vgl. §§ 190 ff AO); A.A.Thieme in "Deutsches Hochschulrecht", Berlin-Köln 1956 S.39 ff., der als echte bes. Gewaltverhältnisse nur die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse und das Gewaltverhältnis über den Strafgefangenen gelten läßt; v.Mangoldt-Klein (Vorbem.B XVI 4 S.137) schließen die Anstaltsbenutzer aus (keine Staatsorganwalter); Redeker in "Gegenwartsfragen der berufsständischen Selbstverwaltung" in JZ 1954 S.627 wendet sich ebenfalls gegen eine Einbeziehung des Verhältnisses zwischen Körperschaft des öffentlichen Rechts als berufsständischem Selbstverwaltungsträger und Berufszugehörigem in den Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses.

25) Anstelle vieler Krüger in VVDStRL 15 S.109;

26) Der Begriff ist durch Laband und O.Mayer in die Wissenschaft eingeführt worden und hat sich seitdem eingebürgert.

27) Nach Ingo v.Münch aaO. S.16 kann der Begriff des bes.Ge-

b) Das Wesen des besonderen Gewaltverhältnisses.

Bei jeder Berührung zweier Rechtssubjekte entstehen spezifische Rechtsbeziehungen; und je enger die Berührung wird, desto differenzierter werden die wechselseitigen Beziehungen. Während der Unterworfene im allgemeinen Gewaltverhältnis den allgemein gültigen Gesetzen und Verordnungen untersteht, wird er, sobald er in engere Berührung mit dem Staate kommt, auch einer intensiveren Befehlsgewalt untergeordnet²⁸⁾. Mit dem Eintritt in das besondere Gewaltverhältnis werden dem Bürger besondere, über die allgemeinen Untertanenpflichten hinausgehende Pflichten zugewiesen; die Gehorsamspflicht des Bürgers wird gesteigert, es wird eine zusätzliche, eine verschärfte Unterworfenheit begründet.

Ein weiterer inhaltlicher Unterschied zum allgemeinen Gewaltverhältnis ist dadurch gegeben, daß die Staatsgewalt im allgemeinen Gewaltverhältnis eine umfassende Gewalt ist, die eine unaufzählbare Fülle von Aufgaben und Befugnissen in sich birgt, die Staatsgewalt im besonderen Gewaltverhältnis dagegen durch einen besonderen, mit dem Gewaltverhältnis verfolgten Zweck begrenzt ist²⁹⁾. Das besondere Gewaltverhältnis ist die besondere öffentlich-rechtliche Gehorsamspflicht gegenüber der Staatsgewalt im Rahmen eines bestimmten Verwaltungszweckes³⁰⁾. Diese besondere Gehorsamspflicht umfaßt aber nicht von vornherein konkretisierte Rechte und Pflichten, sondern schafft nur ein dem Zweck der Beziehung entsprechendes

waltverh. nur als ein Arbeitsbegriff im Sinne der Zusammenfassung inhaltlich zwar im einzelnen verschiedener, aber mit einem gemeinsamen Merkmal ausgestatteter Einrichtungen verwendet werden.

28) So Jacobi in HdbStR II S.255.

29) Vgl. E. des BayVerfGH vom 20.7.1951 in Verwaltungsrechtsprechung 1952 S.274.

30) Genauer Jacobi aaO., der von der Gehorsamspflicht gegenüber einem Subjekt der Verwaltung spricht, da neben dem Staat als Gewaltträger auch Körperschaften des öffentlichen Rechts in Betracht kommen.

Rahmenverhältnis. Wenn z.B. jemand zum Beamten ernannt wird, so tritt er damit in ein ganz spezielles Verhältnis zu der betreffenden Verwaltungseinrichtung. Aus diesem Verhältnis erwächst ihm seinem Vorgesetzten gegenüber eine generelle Gehorsamspflicht, eine Rahmen- oder Blankettspflicht³¹⁾. Eine materielle Besonderheit des besonderen Gewaltverhältnisses liegt in seiner Personalität³²⁾. Die besondere Gewalt ist ihrem Ursprung nach eine Haus- oder Herrengewalt. Haus- oder Herrengewalt ist eine persönliche Gewalt. Das besondere Gewalt-Verhältnis ist daher ein Verhältnis zwischen Personen. Nur der persönliche Charakter dieses Verhältnisses erklärt es auch, daß sich bei ihm Erscheinungen wie die Treuepflicht, die Fürsorgepflicht, der Eid u.a. finden. Ermacora³³⁾ spricht von den sog. "alten" besonderen Gewaltverhältnissen (als typische dieser besonderen Gewaltverhältnisse sind auf der dem Staat gegenüberstehenden Seite der Beamte, der Soldat, der Student und der Schüler anzusehen), denen etwas Patrimoniales und Patriarchalisches innewohne. Als "patrimoniale besondere Gewaltverhältnisse" charakterisiert er dabei die besonderen Gewaltverhältnisse, die das Individuum zum Staat in ein Nahverhältnis bringen, das von ideellen Momenten wie Treue, Disziplin, Gehorsam und Pflichterfüllung gekennzeichnet ist.

-
- 31) So Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911, S.561; in letzter Zeit mehrten sich die Stimmen, die eine Überprüfung des Begriffs des besonderen Gewaltverhältnisses fordern (vgl. Bachof in "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats", VVDStRL 12 S.61; Thieme in "Deutsches Hochschulrecht" S.39 ff.; Obermayer in "Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt", Stuttgart-München 1956, S.84 ff.).
- 32) Vgl. Krüger in VVDStRL 15 S.109: Leitsatz 5 sowie die Zustimmung in der Aussprache.
- 33) In DÖV 1956 S.530; Ermacora unterscheidet zwei Arten von besonderen Gewaltverhältnissen: neben den "patrimonialen" kennt er die "modernen" besonderen Gewaltverhältnisse (die Stellung des Berufstätigen zu seiner Interessenvertretung; die Stellung des Einzelnen zur Gesundheits- und Sozialfürsorge; die Stellung des Einzelnen zum Staat als Leistungsträger im engeren Sinne).

- c) Das Beamtenverhältnis: seiner Rechtsnatur nach ein besonderes Gewaltverhältnis des öffentlichen Rechts.

Die vorangehenden Ausführungen haben schon angedeutet, daß das Beamtenverhältnis zu den besonderen Gewaltverhältnissen des öffentlichen Rechts gehört. Es wird in Literatur und Rechtsprechung auch schlechthin als der Prototyp des besonderen Gewaltverhältnisses angesprochen³⁴⁾. Laband prägte diesen Begriff, um die Rechtsstellung des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn klarzustellen, da dem Beamten mit dem Eintritt in das Beamtenverhältnis gesteigerte Pflichten erwachsen³⁵⁾. Heute können "gesteigerte Pflichten" und "gesteigerte Abhängigkeit" nicht mehr als die entscheidenden Kriterien des besonderen Gewaltverhältnisses angesprochen werden, da heute jeder, der sich in ein Arbeitsverhältnis begibt, auch "erhöhte Pflichten" und "gesteigerte Abhängigkeit" auf sich nimmt. So hat auch neuerdings Obermayer³⁶⁾ das besondere Gewaltverhältnis als "ein öffentlich-rechtliches Unterwerfungsverhältnis im Bereich des Verwaltungsrechts, in dem eine Person als integrierendes Glied des Verwaltungsapparates zugunsten eines bestimmten Verwaltungszwecks für eine gewisse Dauer unter einer unmittelbaren tatsächlichen Leitung der öffentlichen Gewalt steht" definiert. Es bedarf keiner weiteren Begründung, daß nach dieser präzisen Begriffsbestimmung das Beamtenverhältnis zu den besonderen Gewaltverhältnissen des öffentlichen Rechts gehört³⁷⁾.

Den Erfordernissen des Dienstherrn und der Gesamtheit, "ins-

34) Vgl. Forsthoff aaO. S.188; BayVerwGH E.v.12.6.1959 in BayVerwBl.1959, 351.

35) aaO. S.433 ff.

36) "Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt" S.86; er scheidet damit diejenigen Rechtsbeziehungen zwischen einzelnen Personen und der öff. Gewalt, "die nicht durch eine enge tatsächliche Verflechtung mit der öff.Gewalt gekennzeichnet sind" aus dem Begriff des bes.Gewaltverhältnisses aus.

37) Vgl.auch die h.L.und Rechtsprechung (vgl.BayVerwGH U.v. 5.2.60 134 III 58); beachte aber Thieme in DVBl.1957,14:

bes. Gewährleistung der Kontinuität des staatlichen Seins und die Erhaltung des Staats als jederzeit aktionsfähige reale Macht"³⁸⁾, entspricht die besondere Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses als eines öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses b e s o n d e r e r Art, das den Beamten verpflichtet, seine ganze Persönlichkeit dauernd und ausschließlich dem übertragenen Amt zu widmen.³⁹⁾

5.) Die Ablehnung der Bezeichnung "besonderes Gewaltverhältnis" für das Beamtenverhältnis.

Die Bezeichnung "besonderes Gewaltverhältnis", von der Rechtsprechung einhellig übernommen, findet in der heutigen Literatur keinen so großen Anklang mehr. Jüsgen⁴⁰⁾ schreibt von dem früher mit Vorliebe als besonderes Gewaltverhältnis bezeichneten Beamtenverhältnis. Hildegard Krüger⁴¹⁾ bemerkt, daß der Ausdruck allgemeines oder besonderes Gewaltverhältnis für das Verhältnis zwischen den Bürgern und dem durch das GG verfaßten Staat nur schlecht paßt, denn in diesem Staat geht Recht vor Gewalt. Fischbach⁴²⁾ schreibt von dem besonderen Gewaltverhältnis als einem Wort, bei dessen Lesen oder Schreiben er immer erst einen förmlichen Anlauf nehmen muß. Koellreutter⁴³⁾ schließlich spricht von einer nicht sehr glücklichen Bezeichnung des Beamtenverhältnisses als eines besonderen Gewaltverhältnisses.

Mit diesen kurzen Feststellungen und Bemerkungen begnügt man sich. Wenn es sich bei der Lösung der Frage, ob das Beamtenverhältnis noch als besonderes Gewaltverhältnis bezeichnet werden soll, auch nur um einen terminologischen Streit handelt, die Lösung der Frage nur von formeller Bedeutung ist, so soll trotzdem mit den folgenden Ausführungen aufgezeigt

Das besondere Gewaltverhältnis als Institut ist zum Absterben verurteilt; Köhl in ZBR 1957 S. 121 ff.

38) Heyland in "Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen deutschen Staat", Berlin 1949.

39) Vgl. Wernicke Art. 33 Anm. 7b in BK und RGZ 141, 385 und 146, 40.

werden, daß die Bezeichnung des Beamtenverhältnisses als besonderes Gewaltverhältnis nicht mehr angebracht ist, da die Voraussetzungen und Grundlagen, die zu dieser Bezeichnung geführt haben, heute weggefallen sind.

Als erster entwickelte Laband⁴⁴⁾ die Lehre vom sog. Gewaltverhältnis des Beamten: Das Dienstverhältnis des Beamten werde begründet durch einen Vertrag, der kein Kontrakt des Obligationsrechts, sondern ein Gewaltverhältnis des Staates begründe. Die Erfüllung der Beamtenpflichten sei nicht Kontrakterfüllung, sondern Erfüllung der übernommenen Treue- und Gehorsamspflicht. Bei den Dienstverhältnissen trete an die Stelle der Forderung der Befehl und an die Stelle der Klage der Zwang. Die Disziplinalgewalt sei das Recht zur Ausübung dieses Zwangs, wozu es keiner Klage vor den Gerichten bedürfe.

Vorbild war für Laband die Vasallität des Mittelalters. Von derselben Art wie das Gewaltverhältnis zwischen dem Lehnsherrn und Lehnsmannes wäre das Dienstverhältnis des Staatsbeamten zum Staate, nur daß es nicht privatrechtlicher, sondern öffentlich-rechtlicher Natur sei. Eine Verletzung der Dienstpflicht seitens des Beamten wäre daher kein Kontraktsbruch, sondern ein Vergehen (Disziplinarvergehen) entsprechend der Felonie des Lehnsmannes.

Die Veränderung der staatsrechtlichen Verhältnisse, die eine Lockerung der derart starken Bindung des Beamten an seinen Dienstherrn brachte, rechtfertigt nicht mehr die Bezeichnung besonderes Gewaltverhältnis für das Beamtenverhältnis.

Sie kann schon nicht mehr aus dem Gesichtspunkt der gesteigerten Treueverpflichtung und der Eidesleistung des Beamten begründet werden. Es ist auch heute noch Jacobi⁴⁵⁾ beizupflichten, daß nicht "der Tatbestand der Arbeitsleistung, sondern das Treueverhältnis zum Gemeinwesen die Rechtsstellung des Beamten weit über die bloße Arbeitsleistung hin-

40) In DÖV 1951 S. 474

41) In ZBR 1956 S.309

42) In DVBl. 1951 S.100

43) In DÖV 1951 S.467; Obermayer aaO. S.84 spricht von einem reformbedürftigen Begriff, wobei er allerdings den inhaltlichen Begriff meint.

44) AaO. S.434 und S.486

45) Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927 S.57.

aus bestimmt", doch hat die Revolution des Jahres 1918 das persönliche Treueband zum Monarchen bzw. Herrscherhaus beseitigt und es durch eine "überpersönliche Treuepflicht gegenüber der demokratisch-republikanischen Grundordnung des neuen Staates ersetzt"⁴⁶⁾. In der Monarchie schuldete der Beamte dem König persönliche Treue; in der parlamentarischen Republik ist an die Stelle des Monarchen das organisierte Volk getreten. "Mit dem Übergang zur Demokratie wurde der Beamte Treuhänder des Volkes und Vollzieher seines Willens"^{46a)}. Treuepflicht bedeutet jetzt nur mehr Verpflichtung zur gewissenhaften Erfüllung aller aus dem Beamtenverhältnis entspringenden Pflichten und die Anerkennung der rechtsstaatlichen Grundsätze; die Treuepflicht hat sich "versachlicht"; der Begriff "Dienstherr" seine persönliche Bedeutung verloren.

Auch Inhalt und Bedeutung der Eidesleistung haben sich gewandelt. Die Bedeutung des Eides in der Entstehungszeit des modernen Berufsbeamtentums lag in seiner personenhaften Beziehung. Mit der Abschaffung der Monarchie änderte sich der Inhalt des Eides in seinem ursprünglichen Sinn, der persönlichen Bindung von Mann zu Mann; er wurde zum "Verfassungseid". Die Eidesleistung verpflichtet den Beamten lediglich zur Wahrung der Verfassung und Gesetze und zur gewissenhaften Erfüllung der Amtspflichten⁴⁷⁾. Der Beamteneid hat nur mehr deklaratorische Bedeutung; er schafft keine neuen Verpflichtungen, sondern er bestärkt nur die bereits bestehenden.

Ein weiteres Merkmal des besonderen Gewaltverhältnisses ist dadurch beseitigt worden, daß jetzt auch für den Beamten der Rechtsweg für nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten aus dem Beamtenverhältnis eröffnet ist.

46) Maunz aaO. S.251; vgl. BuVerfGE 3,85 ff.

46a) Peters aaO S.239)

47) Vgl. Art.16 Abs.2 BayBG v.28.10.1946 (BayBS III S.256) i.V.mit Art. 187 BV: "Ich gelobe Treue der Verfassung und schwöre, daß ich die mir obliegenden Amtspflichten gewissenhaft und nach den Weisungen meines Vorgesetzten erfüllen und daß ich innerhalb und außerhalb des Amtes die durch die Verfassung gewährleisteten demokratisch-konstitutionelle Staatsordnung unterstützen werde, so wahr mir Gott helfe". Und § 58 BBG.

Der im Einklang mit der bisherigen herrschenden Auffassung stehenden These von Wacke, daß "es das Ende des deutschen Berufsbeamtentums bedeuten würde, wenn für nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten der Beamten der Rechtsweg geöffnet würde" und "die Unklagbarkeit der Beamtenrechte den in erster Linie davon Betroffenen nicht als ein Nachteil, sondern eher als eine Auszeichnung erscheine"⁴⁸⁾, ist Ule⁴⁹⁾ mit überzeugenden Worten entgegengetreten. Daß auch nach Ule der Beamte bei den Gerichten nur insoweit Rechtsschutz finden soll, als durch Maßnahmen seiner vorgesetzten Behörden in seinen Rechtskreis eingegriffen wird, begegnet keinen Bedenken⁵⁰⁾. Mit der gesetzlichen Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel und der Generalklausel des Art.19 IV GG sowie deren Anerkennung durch Rechtslehre und Rechtsprechung⁵¹⁾ für den Rechtskreis des Beamten, ist der Grundsatz des bisherigen Beamtenrechts, daß für die Berufsbeamten der Rechtsweg für die nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten aus dem Beamtenverhältnis weitgehend ausgeschlossen ist, aufgehoben worden. Damit ist ein weiteres Indiz für die Annahme des Begriffs entfallen.

Die Ablehnung des Begriffs ergibt sich auch noch aus einem Vergleich der Disziplinalgewalt. In der absoluten und auch noch in der konstitutionellen Monarchie standen Maßregelungen der Beamten im unkontrollierten Ermessen des Monarchen; er selbst war sogar befugt, Arreststrafen zu verhängen. Im heutigen Dienststrafrecht dagegen sind alle Maßregelungen der Beamten gesetzlich niedergelegt.

48) In AÖR 76 S.385.

49) In DVBl. 1951 S.338 unter Hinweis auf seine Ausführungen in "Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht" Berlin 1950 S.43 ff.: Wackes Feststellungen haben für andere Zeiten und für andere Verhältnisse gegolten, die Entwicklung sei über diese hinweggegangen.

50) Vgl. Ule in VVDStRL 15 S.133 ff (s.Leitsätze), wo er zwischen "Grundverhältnis" und "Betriebsverhältnis" unterscheidet; Maßnahmen, die nur die dienstliche Tätigkeit der Beamten berühren (Betriebsverhältnis) sind der gerichtlichen Kontrolle entzogen.

Es sind Gesetze im materiellen Sinn, die von den gesetzgebenden Körperschaften des Bundes und des Landes, also von den Volksvertretern, beschlossen worden sind⁵²⁾. Disziplinarstrafen können nur in einem besonderen förmlichen Verfahren ausgesprochen werden. Mit der Möglichkeit der Einlegung von Rechtsmitteln und der Schaffung von Disziplinargerichten für die Bundes- und Landesbeamten sowie der Mitwirkung von unabhängigen richterlichen Beamten ist eine grundsätzliche Wandlung in der Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses eingetreten.

Aus diesen Gründen sollte daher für das Beamtenverhältnis der Ausdruck besonderes Gewaltverhältnis nicht mehr aufrechterhalten werden. Im Rahmen der rechtsstaatlichen Entwicklung wurde aus dem durch Dienstvertrag dem Landesherrn persönlich verpflichteten Beamten ein Staatsdiener und schließlich ein Organ des Staates. Anstelle der personenrechtlichen Treuepflicht ist eine überpersönliche Bindung an die Gesamtheit des Volkes und seine Grundordnung getreten; die Disziplinargewalt hat ihre gesetzliche Regelung gefunden und dem Beamten wird verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz garantiert. Das Beamtenverhältnis der konstitutionellen Monarchie als ein besonderes Gewaltverhältnis hat im republikanischen Staat mit demokratischem Charakter eine grundlegende Veränderung erfahren. Es sollte daher diese Bezeichnung für das heutigen Beamtenverhältnis nicht mehr verwendet werden. In einem Rechtsstaat stellt sie eine terminologische Unebenheit dar⁵³⁾.

51) Vgl. Ule in DVBl. 1951 S. 338 und Obermayer aaO. S. 41 mit Hinweisen. Die Ansicht von Friesenhahn in DV 1949 S. 481, "daß der Schutz des Art. 19 GG nur dem einzelnen im allgemeinen Gewaltverhältnis" zukomme und "grundsätzlich für das Beamtenverhältnis" nicht gelte, hat sich in Schrifttum und Rechtsprechung nicht durchgesetzt.

52) Vgl. BuDisziplinO und BBG, in den Ländern entsprech. Regelungen.

Welche Bezeichnung soll für das Beamtenverhältnis verwendet werden? Ule⁵⁴⁾ hat vor über 20 Jahren einmal den Vorschlag gemacht, von einem besonderen Pflichtenverhältnis zu sprechen. Sein Vorschlag hat sich jedoch nicht durchgesetzt, obwohl er den Rechtscharakter des Beamtenverhältnisses viel deutlicher zum Ausdruck bringt. Fischbach⁵⁵⁾ spricht ebenfalls von einem Pflichtenverhältnis besonderer Art.

Da der Beamte anders wie der sonstige Staatsbürger in einem Sonderstatus steht, hat Weber⁵⁶⁾ die Frage aufgeworfen, ob man nicht von einem Statusverhältnis sprechen sollte. Dieser Begriff dürfte aber kaum Anklang finden. Da sich alle Beamten in einem Dienstverhältnis befinden, das durch eine besonders dichte Pflichtenstellung und eine besondere Beschränkung der persönlichen Freiheit gekennzeichnet ist, scheint die glücklichste Lösung die zu sein, das Beamtenverhältnis als ein Dienstverhältnis besonderer Art zu bezeichnen.

53) Seydel in "Bayerisches Staatsrecht" II.Aufl.,Tübingen 1913 S.332ff hatte wohl als erster gegen die Lehre von Laband (s.Anm.44) Stellung genommen, indem er auf die Unterscheidung der gesetzlichen und der freiwillig übernommenen Dienstpflichten hinwies und für die letzteren die Bezeichnung "Gewaltverhältnis" ablehnte. Seydel führte aus, daß ein "Dienstverhältnis, aus dem der Diener nach Willkür scheiden kann, das also in jedem Augenblick nur deshalb besteht, weil er will, ein Gewaltverhältnis nicht sein" könne. Mit dieser Argumentation könnte auch noch die Ablehnung des Begriffs Gewaltverhältnis für das Beamtenverhältnis begründet werden; vgl. auch Köhl in ZBR 1957, S.121.

54) In RVerwBl.1934 S.649 Anm.3; vielleicht würde sich heute sein Vorschlag eher durchsetzen.

55) In DVBl.1951 S.100.

56) In VVDStRL 15 S. 187.

6.) Die Bedeutung des Berufsbeamtentums: das Berufsbeamtentum, eine staatspolitische Notwendigkeit.

Aus den bisherigen Ausführungen in diesem Kapitel ist schon ersichtlich geworden, welch eine entscheidende Funktion dem Beamten in unserem Staatsgefüge zukommt. Im folgenden sollen nun zum Beweise, daß das Berufsbeamtentum als Träger der Amtseinrichtungen ein Grundpfeiler des deutschen Staates ist, keine langen staatstheoretischen oder staatspolitischen Ausführungen gebracht werden, sondern kurz einige Tatsachen selbst sprechen. Und da ist es ein unbestreitbares Faktum, daß die Beamtenschaft dreimal in schwersten Zeiten sich ihrer Treueverpflichtung gegenüber dem deutschen Volke bewußt war und dadurch den deutschen Staat gerettet hat. Das war in den Krisen Jahren 1918, 1933 und 1945.

Als im Jahre 1918 die sog. Novemberrevolution die Monarchie beseitigte und die Republik ausrief und damit aus dem bisherigen Obrigkeitsstaat ein Volksstaat wurde, "erkannte und erfüllte das bis dahin monarchentreue Berufsbeamtentum seine höhere Verpflichtung: die bis dahin durch den Fürsten vermittelte, jetzt aber unmittelbare Verpflichtung gegenüber Volk und Staat"⁵⁷⁾. Es stellte sich den neuen Regierungen in Reich und Ländern willig zur Verfügung; so blieb die Staatsverwaltung in Funktion, das Eintreten chaotischer Zustände war verhindert.

Nach der im Jahre 1933 erfolgten Machtergreifung des Nationalsozialismus war es die von großer Verantwortung getragene Haltung der Beamtenschaft, welche versucht hat, ein Eindringen von einseitigen Parteiinteressen pflichtgemäß abzuwehren. Wenn auch ihren Bemühungen nicht immer Erfolg beschieden war, so konnte doch Schlimmeres verhütet werden. Während des zweiten Weltkrieges, besonders aber nach dem to-

57) So Giese anläßlich einer Beamtenkundgebung, in NDBZ 1956 S. 133 ff.

talen Zusammenbruch 1945 haben die deutschen Beamten treu ihre Pflicht erfüllt. Die einzelnen Beamten sind, soweit sie nicht von den Besatzungsbehörden ihres Amtes enthoben worden sind, auf ihren Posten geblieben. Sie haben ihr Amt unter oft körperlich und seelisch schwierigen Verhältnissen nach Befehl und Weisungen und unter strenger Kontrolle der Besatzungsmächte ausüben müssen; sie haben damit dazu beigetragen, die Zivilverwaltung zu erhalten, die für den Aufbau unseres neuen Staatsgefüges so wertvolle Dienste leisten konnte.

Diese Tatsachen allein stellen schon die Bedeutung des Berufsbeamtentums genügend heraus. Aber auch vom Gesichtspunkt des Sozialstaats, zu dem sich die Bundesrepublik im Art. 20 I GG bekannt hat, erscheint das Berufsbeamtentum unentbehrlich. Der Begriff "Sozialstaat", der schwer in Worte zu fassen ist, soll wohl besagen, "daß der Staat nach den Grundsätzen der sozialen Gerechtigkeit aufgebaut sein soll"⁵⁸⁾. Dieses Prinzip, das eine soziale Grundhaltung bei allen öffentlichen Organen und Funktionen fordert, verlangt diese Haltung vor allem gegenüber den Bürgern bei der Daseinsvorsorge und der sozialen Fürsorge. Soziale Gerechtigkeit besteht deshalb erst dann, wenn jeder Schicht oder Gruppe in der Bevölkerung die ihr zukommenden Rechte eingeräumt werden. Nur ein geschultes, tief sozial empfindendes und parteipolitisch unabhängiges Berufsbeamtentum kann daher einen wirklichen Sozialstaat garantieren.

Nicht zuletzt ist das Berufsbeamtentum ein Grundpfeiler des deutschen Rechtsstaates. Das Dritte Reich vermeinte auch ein Rechtsstaat zu sein und man prägte den Satz: Recht ist, was dem Volke nützt, Unrecht, was ihm schadet. Mit diesem Satz wurden die rechtlichen Grenzen für eine Betätigung der Verwaltung beseitigt und der Willkür der Partei das Tor geöffnet. In der Bundesrepublik haben wir einen Rechtsstaat, den Gewaltenteilung, Gesetzmäßigkeit und Rechtsschutz kennzeichnen.

58) So Maunz aaO. S.60.

Das Recht schafft eine sinnvolle staatliche Ordnung. Es erfährt seinen Niederschlag an erster Stelle in der Verfassung, dann in den Gesetzen, in den Rechtsverordnungen, Richtlinien und Verwaltungsvorschriften. Diese Normen zur Grundlage ihres Handelns zu machen, sind die Beamten in Verwaltung und Justiz berufen. Mit Recht meinen daher ForsthoFF⁵⁹⁾ und Kern⁶⁰⁾, daß unter den heutigen Lebensverhältnissen ein Rechtsstaat ohne Berufsbeamtentum wohl gar nicht vollziehbar wäre. In den Beratungen im Ausschuß für Zuständigkeitsabgrenzung, aus denen die grundgesetzliche Gewährleistung des Berufsbeamtentums hervorgegangen ist, begründete Dr. Strauß⁶¹⁾ die Institutionalisierung des Berufsbeamtentums damit, daß anders Legalität und Neutralisierung der Verwaltung nicht erreicht werden könnten und die Gefahr bestehe, daß Parteipolitik zu weitgehend auch in solche Verwaltungszweige getragen werde, wo sie nicht hingehöre. Der Vorsitzende des Ausschusses, Wagner, betonte die Bedeutung des Berufsbeamtentums "im Interesse der Stabilisierung des Staates"⁶²⁾ und Dr. Reif rechtfertigte die besondere verfassungsrechtliche Stellung der Beamten mit der staatlichen Notwendigkeit ihrer inneren Neutralität gegenüber den widerstrebenden Interessen⁶³⁾. "Das GG sieht daher in Anknüpfung an die deutsche Verwaltungstradition im Berufsbeamtentum eine Institution, die, gegründet auf Sachwissen, fachliche Leistung und loyale Pflichterfüllung, eine stabile Verwaltung sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften darstellen soll"⁶⁴⁾. Das Beamtentum als Institution ist für Bestand und Leben des Staates von großer Bedeutung; es stellt in Deutschland einen tragenden Pfeiler unseres Staatsbaues in Bund und Ländern dar.

59) In ÖV 1951 S.400. 60) In ÖV 1951 S. 432.

61) In der 12.Sitzung des Ausschusses für Zuständigkeitsabgrenzung, Wortprotokoll S. 24.

62) Wie 61), Wortprotokoll S.23 63) Wie 61,Wortprot.S.24.

64) So BuVerfG im U.v.17.10.1957 in BuVerfGE 7 S.162;vgl.auch Naumann in VVDStRL 13 S.109 und Peters aaO. S.237.

C. Zulässigkeit der Einschränkung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung durch das Beamtenverhältnis.

Die in den beiden vorhergehenden Kapiteln erfolgte Hervorhebung des Inhalts und der Bedeutung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung einerseits und des Wesens und der Bedeutung des Beamtenverhältnisses andererseits läßt schon die tiefe Problematik ahnen, die sich aus dieser Gegenüberstellung ergibt: es ist das Spannungsverhältnis zwischen dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung als einem Freiheitsrecht und dem Beamtenverhältnis als einem besonderen Unterordnungsverhältnis. Dieses im GG selbst begründete Spannungsverhältnis, "das ein Stück der lebendigen Wirklichkeit unseres staatlichen Seins ausmacht"¹⁾, führt nämlich dann zu einer Konfliktsituation, wenn jemand von seinem Recht der freien Meinungsäußerung Gebrauch machen will, auf Grund der Einordnung in das Beamtenverhältnis aber daran gehindert wird. Es sind also die Fragen, ob die Grundrechte auch innerhalb des Beamtenverhältnisses gelten, wenn ja, ob Einschränkungen durch das Beamtenverhältnis verfassungsrechtlich zulässig sind, und wenn auch diese Frage bejaht werden kann, in welchem Umfang eine Einschränkung vorgenommen werden darf.

I. Die grundsätzliche Geltung der Grundrechte im Beamtenverhältnis.

Die Frage der Geltung der Grundrechte im Beamtenverhältnis hat in der Rechtslehre schon immer eine besondere Beachtung gefunden, die darauf zurückzuführen ist, daß eine übereinstimmende Beantwortung nicht gegeben worden ist.

1) So Kalisch in AöR 1952/53 S. 334.

- 1.) Überblick über die verschiedenen Auffassungen in Schrifttum und Praxis zur Frage der Geltung der Grundrechte im Beamtenverhältnis.

a) vor dem Inkrafttreten der Weimarer Verfassung.

In der älteren Literatur findet das Problem des Verhältnisses der Grundrechte zum Beamtenverhältnis keine systematische Darstellung. Die Grundrechte spielten auch damals noch keine bedeutsame Rolle. Obwohl die Paulskirche ein Gesetz über die Grundrechte im Dezember 1848 als Sondergesetz vor der Reichsverfassung erließ, "erhielt es durch die Notwendigkeit der nachholenden einzelstaatlichen Gesetzgebung nur in einigen Klein- und Mittelstaaten Rechtswirkung. Die anschließenden Gesetze über den Zivilstaatsdienst sahen das Verhältnis von Grundrechten und Beamtenpflichten nicht"²⁾.

Einzelne Landesverfassungen, z.B. die bayerische vom 26.5.1818 und die preußische vom 31.1.1850, enthielten zwar schon Grundrechte, aber die einschlägigen Lehrbücher und Kommentare gehen auf das Problem nicht weiter ein, sondern weisen lediglich auf die mit einzelnen Grundrechten verbundene Beschränkung der persönlichen Freiheit und auf die erhöhten Pflichten von Gewaltunterworfenen hin. Mit dieser Begründung erachteten sie eine Einschränkung der Grundrechte für gerechtfertigt.

Die Reichsverfassung von 1871 enthielt keine Grundrechte. 1873 lehnte der Reichstag sogar einen Antrag, sie in die Reichsverfassung aufzunehmen, ab.

Eine der ersten ausführlichen Erörterungen im Schrifttum zur Frage des Verhältnisses Grundrechte - Beamtenverhältnis

2) So Brill in DDB 1956 S.60; nach monatelangen Verhandlungen wurden die Grundrechte als ein Teil der künftigen Verfassung durch Gesetz vom 27. Dezember 1848 nebst Einführungsgesetz vom Reichsverweser verkündet. Im späteren Verfassungsentwurf standen sie im Abschnitt VI (§§ 130-189) unter dem Titel "Die Grundrechte des Deutschen Volkes" (vgl. Helfritz in Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl. S. 306.

macht Pötzel³⁾: die Übernahme eines Staatsamtes habe gewisse Beschränkungen der allgemeinen Untertanenrechte zur Folge, die man als mittelbare Obliegenheiten des Beamten, sich der Ausübung gewisser Rechte überhaupt zu enthalten oder sie doch nur in gewisser Form und Ausdehnung auszuüben, auffassen könnte. Als leitender Grundsatz müsse dabei gelten, daß im Kollisionsfall die allgemeinen Untertanenrechte, insbesondere auch die staatsbürgerlichen Rechte dem Dienstverhältnis und den daraus fließenden Pflichten weichen müßten. Gerber⁴⁾, Seydel⁵⁾ und Laband⁶⁾ weisen nur auf die sich aus dem Beamtenverhältnis ergebenden Beschränkungen und erhöhten Pflichten hin, ohne jedoch ausdrücklich zu den Grundrechten Stellung zu nehmen. Bornhak⁷⁾ hebt besonders die Beschränkung der staatsbürgerlichen Rechte der Beamten bei ihrer politischen Betätigung hervor. Kahn⁸⁾ erwähnt die mit der besonderen Gewalt verbundene Einschränkung der persönlichen Freiheit, weil innerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses der Vorbehalt des Gesetzes nicht gelte. Im Lehrbuch des deutschen Staatsrechts von Meyer-Anschütz⁹⁾ heißt es: Die Freiheitsrechte sind durch die Beamtenpflichten eingeschränkt, nicht umgekehrt. Otto Mayer¹⁰⁾ hebt bei der Betrachtung des Anstaltsverhältnisses hervor, daß es sich für den Anstaltsunterworfenen um einen Zustand verminderter Freiheit handle, der ein Ausnahmezustand sei und daher der Rechtfertigung bedürfe. Alle diese Auffassungen gehen von der damaligen verfassungsrechtlichen Situation aus. Die Angehörigen besonderer Gewaltverhältnisse, speziell die Beamten, waren im weiten Umfang von dem Genuß der grundrechtlichen Freiheiten ausgeschlossen. Man hielt die aus dem Gewaltverhältnis resultierenden gesteigerten Pflichten stets für stärker als die Grundrechte.

3) Im Lehrbuch des Bayer. Verfassungsrechts, 5. Auflage, 1877 S. 487.

4) In Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Auflage, Jena 1880 S. 116.

5) Seydel in Bayerisches Staatsrecht, aaO. S. 394.

6) AaO. S. 402.

b) Während der Geltung der Weimarer Verfassung.

Nach dem Inkrafttreten der Weimarer Verfassung begann man das Problem in der Literatur eingehender und systematischer zu erörtern, da die Weimarer Verfassung einen umfangreichen Grundrechtskatalog (Art. 109 ff) enthielt. Die Einfügung von Grundrechten in die Verfassung offenbarte die Problematik deutlicher. In einer demokratischen Republik galt es, im Gegensatz zur Monarchie, nicht mehr als selbstverständlich, daß die Angehörigen besonderer Gewaltverhältnisse in mehr oder weniger starkem Umfang von dem Genuß der Grundrechte ausgeschlossen sein sollten. Den Beamten garantierte die Verfassung in Art. 130 II sogar ausdrücklich die Freiheit der politischen Gesinnung und die Vereinigungsfreiheit.

Die Meinungen über die Einschränkungbarkeit von Grundrechten im besonderen Gewaltverhältnis gingen stark auseinander, insbesondere unterschieden sich zwei Auffassungen:

Die eine ging davon aus, daß die in der Verfassung verankerten Grundrechte grundsätzlich nur im allgemeinen Gewaltverhältnis zwischen einzelnen und Staat und nur in Ausnahmefällen auch innerhalb besonderer Gewaltverhältnisse ihre Wirksamkeit entfalten würden. Die andere vertrat den gegenteiligen Standpunkt, daß nämlich auch innerhalb der besonderen Gewaltverhältnisse die Grundrechte grundsätzlich gelten müßten, daß sich aber gewisse durch die Natur des besonderen Gewaltverhältnisses, insbesondere durch die aus ihm resultierenden gesteigerten Pflichten der Gewaltunterworfenen, bedingte Einschränkungen ergäben¹¹⁾.

7) In "Grundriß des Deutschen Staatsrechts, 6.Aufl. Leipzig-Erlangen 1921, S. 54 ff.

8) Das bes.Gewaltverhältnis des öff.Rechts,Diss.Heidelberg 1912

9) Im Lb. des Deutschen Staatsrechts, 3.Aufl.,S.597.

10) In Deutsches Verwaltungsrecht II,aaO. S.285.

11) Vgl.auch Vogel, Das Verhältnis der Grundrechte zu den besonderen Gewaltverhältnissen, Diss.,München 1954, S.80.

An der Spitze der ersten Auffassung steht die Lehre von Richard Thoma¹²⁾, der sagt, daß alle Grundrechte im Zweifel nur auf das allgemeine Gewaltverhältnis gemünzt seien; innerhalb besonderer Gewaltverhältnisse würden sie nur gelten, wenn dies aus dem Wortlaut oder dem Sinn der Verfassung oder aus der Natur der Sache sich ergebe. So meint er, der Beamte würde die Vereins- und Versammlungsfreiheit nicht genießen, wenn sie ihm nicht ausdrücklich durch Art. 130 II WRV garantiert worden wäre; denn die Art. 123 und 124 WRV, die die Versammlungs- und Vereinsfreiheit gewährleisteten, seien lediglich "polizeibegrenzende" Grundrechte¹³⁾ und würden als solche nur gegenüber der Polizei, nicht aber innerhalb besonderer Gewaltverhältnisse gelten, da die Polizei stets eine Erscheinung des allgemeinen Gewaltverhältnisses sei. Soweit die öffentliche Verwaltung innerhalb eines besonderen Gewaltverhältnisses tätig werde, handle es sich nie um eine polizeiliche Tätigkeit¹⁴⁾.

Dieser von Richard Thoma entwickelten Theorie haben sich auch andere Autoren angeschlossen, z.B. Jacobi¹⁵⁾, nach welchem ebenfalls die Grundrechte grundsätzlich im allgemeinen Gewaltverhältnis und nur ausnahmsweise auch innerhalb besonderer Gewaltverhältnisse gelten sollten. Die gleiche Ansicht vertrat Fenge¹⁶⁾: nur unter besonderen Umständen könnten die Grundrechte auch in besondere Gewaltverhältnisse hineinragen.

12) In Nipperdey I: Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Berlin 1929 S.1 ff.

13) Thoma teilt die Grundrechte in generelle und spezielle Grundrechte ein. Erstere richten sich gegen jede Art öffentlicher Gewalt, letztere nur gegen einen bestimmten Sektor der obrigkeitlichen Gewalt. Zur letzteren Gruppe zählt er diejenigen Grundrechte, die angeblich nur gegen die Polizeigewalt gerichtet sind, die sog. "polizeibegrenzenden Grundrechte".

14) Vgl. Richard Thoma, Der Polizeibefehl im badischen Recht, Tübingen 1906, S.17 ff.

15) In HdbStR II S. 256.

16) Die Stellung des Beamten gegenüber staatsfeindlichen Parteien, Diss., Berlin 1932, S.37.

Die Theorie von Richard Thoma fand schon damals keine allgemeine Anerkennung. Die wohl damals herrschende Lehre ging vielmehr davon aus, daß die Grundrechte der Weimarer Verfassung grundsätzlich auch innerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses galten, allerdings mit aus der Eigenart des jeweiligen Grundrechts sich ergebenden mehr oder weniger starken Einschränkungen.

Der bedeutendste Anhänger dieser Auffassung war Anschütz¹⁷⁾, der hinsichtlich des Beamten ausführte: Der Beamte hat sich auch außerhalb des Amtes, bei Betätigung der ihm als Mensch und Bürger zustehenden Rechte, insbesondere derjenigen, welche ihm durch Art.130 II WRV noch besonders gewährleistet sind, diejenige Mäßigung aufzuerlegen, welche durch seine Stellung als Organ der Gesamtheit bedingt ist. Die persönliche Freiheit des Beamten, besonders die Rede-, Presse-, Versammlungs- und Vereinsfreiheit, unterliegt nicht nur den allgemeinen, für alle geltenden Einschränkungen, sondern auch noch den besonderen Beschränkungen, die sich aus den Pflichten seines Amtes und Standes ergeben. Die Freiheitsrechte sind nach wie vor durch jene Pflichten eingeschränkt, nicht umgekehrt. An den Grundrechten der Deutschen, wie sie in der Weimarer Verfassung geregelt sind, nehmen die Beamten nur in den Schranken teil, die ihnen durch die sie betreffenden Sondergesetze auferlegt sind.¹⁸⁾

W. Jellinek¹⁹⁾ ist ebenfalls der Meinung, daß die Grundrechte grundsätzlich auch in besondere Gewaltverhältnisse hineinragen, allerdings mit besonderen, aus dem Zweck und speziellen Pflichten des einzelnen Gewaltverhältnisses sich ergebenden Pflichten.

Fleiner²⁰⁾ schreibt zu dem Problem: Der besondere öffentliche Zweck, dem jedes Gewaltverhältnis dient, zieht für den

17) Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14.Aufl., Berlin 1932, S. 517.

18) Vgl. auch Hatschek in "Deutsches und preußisches Staatsrecht I S.189, Berlin 1922.

19) Verwaltungsrecht, aaO. S.206.

20) Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8.Aufl. Tübingen 1928, S.165 ff.

Eintretenden von selbst gewisse Beschränkungen seiner persönlichen und staatsbürgerlichen Rechte nach sich. Der einzelne muß sich die Verringerungen seiner Freiheitssphäre gefallen lassen. Aber sie dürfen nie über das Maß dessen hinausgehen, was die im öffentlichen Gewaltverhältnis verkörperte Aufgabe verlangt.

Mit der Frage der Geltung der Grundrechte innerhalb des Beamtenverhältnisses hat sich auch besonders Carl Schmitt²¹⁾ befaßt: der Beamte habe als solcher einen "besonderen Status" mit allen Konsequenzen eines solchen Begriffs, der sich nicht in einer Reihe von Einzelverpflichtungen erschöpfe. Dieser besondere Status sei von dem allgemeinen Menschsein sehr verschieden. Eine prinzipiell unbegrenzte Freiheit im Sinn eines allgemeinen Menschenrechts müsse, konsequent durchgeführt, den Begriff des Beamten aufheben; denn es sei unmöglich, daß der Beamte, was seine subjektiven Rechte und Ansprüche angehe, die Vorteile und Auszeichnungen seines Sonderstatus in Anspruch nehmen, hinsichtlich seiner Pflichten aber auf die prinzipiell unbegrenzten individualistischen Freiheiten des liberalen Einzelmenschen, d.h. des Nicht-Beamten, berufen dürfe. Wenn überhaupt das Berufsbeamtentum als Institution erhalten bleiben solle, so müsse im Konfliktfall der Sonderstatus den Ausschlag geben. Die Statuspflichten des Beamten gingen den Garantien der Freiheit der politischen Gesinnung und der Vereinigungsfreiheit (Art. 130 II WRV) durchaus vor. Köttgen²²⁾ weist darauf hin, daß die in der Weimarer Verfassung dem Individuum garantierten Grundrechte grundsätzlich den Beamten nicht minder zugute kommen als jedem nichtbeamteten Staatsbürger. Dies schließe jedoch nicht aus, daß bei einigen der Grundrechte die aus dem Beamtenverhältnis erwachsenen besonderen Pflichten kollidieren können. Endlich sei noch Klüber²³⁾ zitiert, der ebenfalls betont, daß die Grundrechte grundsätzlich auch den Beamten zugute

21) Verfassungslehre, München-Leipzig 1928 (unveränderter Neudruck 1954) S.181 ff.

22) Beamtenrecht, Breslau 1929, S.55.

23) In ZBR 1929 S. 166 ff.

kommen, daß sie aber den durch das öffentlich-rechtliche Gewaltverhältnis den Beamten auferlegten Pflichtenkreis nicht begrenzen, die Grundrechte vielmehr ihrerseits an diesem Pflichtenkreis ihre Grenzen finden.

Der überwiegende Teil der aufgeführten Autoren ging also von der grundsätzlichen Geltung der Grundrechte innerhalb des Beamtenverhältnisses aus, ließ aber Beschränkungen zu. Die Grundrechte haben den erhöhten Pflichten aus dem Beamtenverhältnis zu weichen.

- c) Der Sachstand nach dem Inkrafttreten der Bayerischen Verfassung und des Grundgesetzes.

Über die Lösung des Verhältnisses besteht auch im neueren Schrifttum keine völlige Übereinstimmung. Die Lehre von Richard Thoma findet noch immer Anhänger. So schreibt Kaufmann im Rechtsgutachten zum Vertrag über die Gründung der europäischen Verteidigungsgemeinschaft und zum Deutschlandvertrag²⁴⁾, daß die Grundrechte nur den allgemeinen Status des Bürgers regeln, daß dagegen die besonderen Statusverhältnisse, in denen sich die Individuen befinden, wie Beamtenverhältnisse, Militärverhältnisse etc., von ihnen grundsätzlich nicht berührt werden. Auch in den Ausführungen von Kratzer²⁵⁾ scheint die Lehre von Richard Thoma noch nachzuklingen, wenn er ausführt: beim Vorliegen besonderer Gewaltverhältnisse, wie beim Beamtenverhältnis oder der Zugehörigkeit zu einer Unterrichtsanstalt, würden die Grundrechte "regelmäßig" zurücktreten. Im übrigen Schrifttum (Nawiasky²⁶⁾, Maunz²⁷⁾, Koellreutter²⁸⁾, v. Mangoldt-Klein²⁹⁾ u.a.) wird die grundsätzliche Geltung der Grundrechte innerhalb des Beamtenverhältnisses bejaht.

24) Abgedruckt in "Kampf um den Wehrbeitrag" Band II S.61 ff.

25) "Art.142 des GG und die Grundrechte in der Bayer. Verfassung" in Verfassung u. Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit (Festschrift für Laforet), München 1952, S.120.

26) Die Grundgedanken des GG für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart-Köln 1950, S. 182.

27) AaO. S.113/14.

Von der Rechtsprechung sei nur das Urteil des OVG Hamburg³⁰⁾ erwähnt, das sogar der Auffassung ist, daß das besondere Gewaltverhältnis überhaupt keine Einschränkung von Grundrechten ermögliche. In der Begründung heißt es: Nicht gebilligt werden kann die vereinzelt vertretene Auffassung, innerhalb besonderer Gewaltverhältnisse seien Einschränkungen der Grundrechte zulässig Sie würde dem Gesetzgeber die Möglichkeit geben, durch Einrichtung besonderer Gewaltverhältnisse einen grundrechtsfreien Raum zu schaffen. Richtig und billigenswert ist an dieser Bemerkung, wie der Kommentar von v. Mangoldt-Klein darlegt³¹⁾, nur soviel, daß dem Schutz der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis eine erhöhte Aufmerksamkeit zugewendet werden muß, weil sonst der Gesetzgeber die vom Gericht mit Recht aufgezeigte Möglichkeit hätte.

2.) Die grundsätzliche Geltung der Grundrechte innerhalb des Beamtenverhältnisses.

Der geschichtliche Überblick hat gezeigt, daß die Grundrechte in älterer Zeit nur im allgemeinen Gewaltverhältnis voll zur Wirkung kamen, während sie den Angehörigen besonderer Gewaltverhältnisse untersagt blieben. Aber schon zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung war es herrschende Meinung, daß die Grundrechte grundsätzlich auch innerhalb besonderer Gewaltverhältnisse zur Anwendung kommen müssen. Die gegenenteilige Meinung setzte sich schon damals, obwohl sie teilweise auch von maßgebenden Interpreten der Verfassung vertreten wurde, nicht durch. Nicht zu Unrecht stützte sich die überwiegende Meinung auf eine Bestimmung der Weimarer Reichsverfassung selbst, aus der sich mittelbar entnehmen ließ, daß nach dem Willen des Verfassungsgesetzgebers die Grundrechte auch den Angehörigen besonderer Gewaltverhältnisse im Verhältnis zu ihrem Gewaltherrn zugute kommen soll-

28) Deutsches Staatsrecht, Stuttgart 1953, S. 52.

29) AaO. S. 133 ff.; ebenso Hamann aaO S. 67 ff.; Kalisch in AÖR 78 S. 334 ff.

30) U. v. 16. 4. 1953 in DVBl. 1953, 510.

31) AaO. S. 135.

ten. Es war dies der Art. 133 II 2 WRV, der festlegt, daß das Reichswehrgesetz zu bestimmen habe, wieweit für Angehörige der Wehrmacht zur Erfüllung ihrer Aufgaben und zur Erhaltung der Manneszucht einzelne Grundrechte einzuschränken seien. Daraus ist gefolgert worden, daß nach der Auffassung des Verfassungsgesetzgebers die Grundrechte auch den Soldaten zustehen sollten, da sonst diese Vorschrift unverständlich wäre. Wenn dies aber für das Soldatenverhältnis galt, so ist kein Grund anzuführen, daß für andere besondere Gewaltverhältnisse nicht die gleiche Auffassung vertreten werden sollte.

Heute nach dem Inkrafttreten des GG kann an der grundsätzlichen Geltung der Grundrechte innerhalb der besonderen Gewaltverhältnisse, damit auch des Beamtenverhältnisses, kein Zweifel mehr bestehen³²⁾.

Keiner der im GG aufgeführten Grundrechtsartikel enthält in seinem Wortlaut einen Hinweis, der die Vermutung nahelegt, daß die Grundrechte in ihrer Wirkung sich nur auf das allgemeine Gewaltverhältnis beschränken. Wenn es z.B. in Art. 5 I GG heißt: *J e d e r* hat das Recht oder in Art. 8 I GG: *A l l e*, so gelten diese Grundrechte nach dem eindeutigen Wortlaut für jeden Staatsbürger, gleichgültig, ob er sich nur im allgemeinen Gewaltverhältnis befindet oder einem besonderen Gewaltverhältnis unterworfen ist.

Nach Art. 1 III GG richten sich die Grundrechte gegen alle Funktionen der öffentlichen Gewalt, Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, schlechthin, d.h. in allen ihren Erscheinungsformen. Das besondere Gewaltverhältnis ist eine Erscheinungsform innerhalb dieser Funktionen und stellt einen Bestandteil der allgemeinen Rechtsordnung dar. Aus diesem Grunde muß daher ein Eingriff in die Freiheitssphäre des einzelnen, den die Verfassung allgemein verbietet, grundsätzlich auch im besonderen Gewaltverhältnis untersagt sein.

Für eine grundsätzliche Geltung der Grundrechte im besonde-

32) Vgl. Anm. 26, 27, 28, 29 dieses Kapitels; ferner Vogel aaO. S. 46 ff.

ren Gewaltverhältnis spricht auch der Zweck der Grundrechte. Die Grundrechte sollen den einzelnen vor der Allmacht des Staates schützen, indem sie ihm eine genau umrissene Freiheitssphäre garantieren. Diese Schutzbedürftigkeit besteht auch dann, wenn er sich in einem besonderen Gewaltverhältnis befindet. Gerade innerhalb dieser "verschärften" Unterworfenheit ist die Gefahr weitgehender Eingriffe des Staates in die Freiheit des einzelnen sehr groß. Würde man den Grundrechten innerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses jegliche Wirkung absprechen, so würde das praktisch bedeuten, daß der einzelne im besonderen Gewaltverhältnis einem Staat gegenüberstände, der frei von allen Schranken wäre. Durch eine starke Ausweitung der besonderen Gewaltverhältnisse könnte der Staat die sonst im allgemeinen Gewaltverhältnis garantierten Freiheiten umgehen³³⁾.

Würde man den im besonderen Gewaltverhältnis stehenden Staatsbürger vom Genuß der Grundrechte ausschließen, so hätte das zur Folge, daß bei dem gewaltigen Umfang der verschiedenen Arten von öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnissen die Garantierung von Grundrechten praktisch unbedeutend wäre. Das kann in einem Staat, der den Eigenwert des Menschen bejaht und die Wahrung einer Freiheitssphäre anerkennt, nicht der Fall sein. Mit Recht meint daher Herbert Krüger³⁴⁾ hinsichtlich der Beamten: das GG verstehe die Grundrechte als Menschenrechte; den Beamten als Beamten seiner Grundrechte berauben, hieße daher nach der Auffassung des GG ihn seines Menschentums berauben.

Der Beamte darf von dem durch das GG geschaffenen verstärkten Schutz des einzelnen gegenüber der Staatsgewalt nicht ausgenommen werden. Da heute dem Gesetzgeber die Einschränkung von Grundrechten nicht mehr schlechthin gestattet ist, so kann da nichts anderes gelten, wo nicht die allgemeine Staatsgewalt, sondern eine besondere Gewalt tätig wird³⁵⁾.

33) Vgl. auch Herbert Krüger in NJW 1953 S. 1369 ff.

34) In BBZ 1950 S. 237.

35) Vgl. LVG Hamburg im Urteil vom 23.6.1952 in MDR 1953 S.126: Die Anstaltsgewalt ermächtigt nicht zu Beschrän-

Den Grundrechten muß also auch innerhalb des Beamtenverhältnisses ihre volle Wirkung zukommen. Aus den Beratungen des parlamentarischen Rats³⁶⁾ geht überdies mit aller Klarheit hervor, daß er keinen Zweifel an der Geltung der Grundrechte für Beamte hatte, sonst wären vor allem die Debatten um das Beamtenstreikrecht im Rahmen einer zu Art. 9 GG vorgesehenen Zusatzbestimmung überflüssig gewesen³⁷⁾.

Aus einer Verfassungsbestimmung selbst kann der Schluß gezogen werden, daß die Grundrechte auch im besonderen Gewaltverhältnis gelten. Art. 17a GG läßt nur die Einschränkung von drei genau bezeichneten Grundrechten für das Wehr- und Ersatzdienstverhältnis zu: einschränkbar sind das Recht der freien Meinungsäußerung (Art. 5 I GG), das Petitionsrecht und das Grundrecht der Versammlungsfreiheit. Weitere Grundrechte dürfen also nicht eingeschränkt werden. Art. 17a GG macht das Prinzip des Grundgesetzes deutlich erkennbar: die Grundrechte gelten im besonderen Gewaltverhältnis genauso wie im allgemeinen Gewaltverhältnis, soweit sich nicht aus dem Grundgesetz etwas anderes ergibt. Aus Art. 17a GG kann eindeutig der Schluß gezogen werden, daß die Grundrechte grundsätzlich im Wehr- und Ersatzdienstverhältnis gelten. Was aber für das besondere Gewaltverhältnis des Wehr- und Ersatzdienstes gilt, kann auch für die übrigen Gewaltverhältnisse übernommen werden, da kein Grund ersichtlich ist, daß das in Art. 17a GG verankerte Prinzip auf das Wehr- und Ersatzdienstverhältnis beschränkt bleiben soll. Diese Ausführungen dürften genügen, um jeden Zweifel an einer grundsätzlichen Geltung der Grundrechte im Beamtenverhältnis auszuschalten. "Die Grundrechte als Glaubensartikel der heutigen Gesellschaft entspringen der allgemeinen Menschenwürde. Sie sind dem menschlichen Wesen seiner sittlichen Bestim-

kungen, die im Gegensatz zur Verfassung stehen. Ferner OVG Hamburg im Urteil vom 16.4.1953 in DVBl.1953 S.506: auch innerhalb von besonderen Gewaltverhältnissen ist eine Einschränkung von Grundrechten grundsätzlich nicht zulässig.

36) Vgl. Leibholz-v.Mangoldt: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, NF Bd.I S. 121.

mung wegen inhärent und ruhen in der Person "Mensch", nicht etwa in dem Verhältnis Staat - Individuum. Deshalb sind sie von diesem Verhältnis in ihrem Bestand genauso unabhängig wie die Person "Mensch" selbst; ihnen kann die Geltung ebensowenig abgesprochen werden, wie dem Individuum seine menschliche Eigenschaft, Sie leben und sterben mit der Person ihres Trägers. Ihr Träger lebt aber auch im besonderen Gewaltverhältnis³⁸⁾.

3.) Die Notwendigkeit einer Einschränkung von einzelnen Grundrechten durch das Beamtenverhältnis.

Es ist bereits festgestellt worden, daß in den Verfassungen keine ausdrückliche Bestimmung zu finden ist, die darauf hinweist, daß Angehörige besonderer Gewaltverhältnisse in der Ausübung von Grundrechten gegenüber ihrem Gewaltherrn Beschränkungen unterworfen sein sollen, welche für die nur im allgemeinen Gewaltverhältnis stehenden Staatsbürger nicht vorhanden sind. Es ist ebenfalls schon dargelegt worden, daß die Grundrechte auch innerhalb der besonderen Gewaltverhältnisse ihre Geltung haben und es ist zunächst nur die grundsätzliche Geltung bejaht worden. Bei dieser nur grundsätzlichen Geltung muß es bleiben und Ausnahmen müssen zulässig sein. Würden nämlich die Grundrechte innerhalb des Beamtenverhältnisses in dem gleichen Umfang gelten wie im allgemeinen Gewaltverhältnis, so würde man die besondere Rechtsstellung, in der sich der Beamte befindet, völlig außer Acht lassen. Der Beamte hat ein Amt inne und er wird zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben tätig. Auf Grund dieser Stellung sind

37) Auf dem 39. DJT sagte der Berichterstatter zum Schluß der Tagung: keinem Berufsstand, auch nicht dem Beamten, können die Grundrechte ohne Verletzung des GG aberkannt werden (so zit.in "Der Beamtenbund" 1951 S.148).

38) Wernicke aaO. Art.1 S.2 ff.

ihm auch besondere Pflichten auferlegt, die jedem anderen Staatsbürger, der nicht im Beamtenverhältnis steht, nicht obliegen. Die Beachtung und Erfüllung dieser besonderen Pflichten macht nun gewisse Einschränkungen in der Ausübung von Grundrechten unvermeidlich notwendig, denn es ist z.B. mit den Pflichten eines Beamten nicht vereinbar, daß er unter Berufung auf das Grundrecht der freien Meinungsäußerung in Gegenwart anderer sich über Dinge äußert, die für ihn erkennbar dritten Personen nicht zugänglich gemacht werden sollen oder wenn er während des Parteiverkehrs parteipolitische Äußerungen macht. Aus der Natur und Eigenart des Dienstverhältnisses des Beamten ergeben sich somit zwangsläufig für den Beamten gewisse Einschränkungen seiner Grundrechte. Andernfalls wäre die Erreichung des von der Rechtsordnung mit dem Beamtenverhältnis verfolgten Zweckes in vielen Fällen unmöglich, zumindest in Frage gestellt. Auf die Frage, ob die besondere Natur des Beamtenverhältnisses eine verfassungsrechtlich zulässige Grundrechtsschranke bildet, kann jetzt noch nicht eingegangen werden. Sie setzt eine Untersuchung der Frage voraus, welche Grundsätze das GG für eine Einschränkung von Grundrechten im allgemeinen aufstellt und welche Schranken das GG speziell dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung gesetzt hat.

II. Die Einschränkung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung im allgemeinen.

1.) Die Einschränkung von Grundrechten im allgemeinen.

a) Die Unantastbarkeit der Grundrechte als Grundsatz des demokratischen Rechtsstaats.

Ein Rechtsstaat, ein Staat, der unter der Idee des Rechts steht und in dem der Staat selbst und seine Organe an das Recht gebunden sind, hat die Aufgabe die Grenzen seiner Machtbefugnis wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Wei-

se des Rechts genau zu bestimmen und zu sichern. Die rechtsstaatliche Dogmatik hat daher für die Tätigkeit des Staates Rechtsgrundsätze aufgestellt, welche die Allgewalt des Staates binden und die Freiheit des einzelnen schützen sollen. Neben der Dreiteilung der Staatsfunktionen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung zum Zweck der Verhinderung einer konzentrierten Machtzusammenballung in der Hand eines Staatsorgans und dem Grundsatz der Bindung der Verwaltungstätigkeit an das Gesetz (Legalitätsprinzip) werden der Staatsgewalt des Rechtsstaats besonders durch die Garantierung verfassungsmäßiger Grundrechte Schranken gesetzt. Diese Gewährleistung gestattet Eingriffe in die Freiheitssphäre des einzelnen Staatsbürgers nur in ganz beschränktem Umfang. Auf keinen Fall darf der Kern, die Substanz eines Grundrechts veeinträchtigt werden; der Wesensgehalt des Grundrechts muß unangetastet bleiben. "Eingriffe in die Grundrechte sollen unter der Herrschaft des Bonner Grundgesetzes etwas so Außergewöhnliches sein, daß sich der Gesetzgeber dazu nur nach reiflichster Überlegung entschließen darf"¹⁾.

b) Die verfassungsrechtlichen Schranken.

Die Schöpfer der deutschen Nachkriegsverfassungen waren bestrebt, dem einzelnen eine fest bestimmte Freiheitssphäre in den Verfassungen zu garantieren. Man wollte die Fehler der Weimarer Reichsverfassung nicht wiederholen, die sich vor allem darin zeigten, daß die Grundrechte größtenteils unter dem Gesetzesvorbehalt standen, also durch einfache Gesetze in beliebigem Umfang in sie eingegriffen werden konnte. Schließlich konnten Grundrechte damals sogar durch Notverordnungen des Reichspräsidenten gem. Art. 48 WRV unter gewissen Voraussetzungen aufgehoben oder beschränkt werden. Auf diese Weise wurden bekanntlich durch die berüchtigte Notverordnung

1) Wernicke aaO. Anm. 1e zu Art. 19 GG.

des Reichspräsidenten vom 28.2.1933 zum Schutz von Volk und Staat wichtige Grundrechte auf legale Weise beseitigt. Die Verfassungsgesetzgeber waren daher bemüht, den Bestand der Grundrechte mehr als bisher zu sichern. Man war sich aber auch darüber im klaren, daß nicht alle Grundrechte, die in der Verfassung Aufnahme finden sollten, absolut, d.h. ohne jede Möglichkeit gesetzlicher Einschränkungen gewährt werden könnten. Einschränkungsmöglichkeiten, wenigstens bei einzelnen Grundrechten, erwiesen sich unbedingt als notwendig, denn "überall , wo sich der einzelne mit anderen Rechtsgenossen in Gemeinschaft begibt, erfährt seine ursprünglich unumschränkte Freiheit Beschränkungen an den Interessen der anderen Gemeinschaftsmitglieder. Jeder Rechtsgenosse hat ein gleichermaßen schutzbedürftiges Recht auf Freiheit"²⁾. Der Mitmensch hat das "gleiche" Recht auf Freiheit und er kann seinerseits von jedem anderen die Achtung seiner Rechte verlangen. Bestehen also gegenseitige Rechte, so müssen sie sich einander anpassen; das eine kann nicht das andere einseitig zurückdrängen oder vernichten. Jeder muß bei Ausübung seiner Rechte Rücksicht auf die anderen nehmen, wenn diesen in gleicher Weise diese Rechte zustehen. Diese Erkenntnis hat auch das GG ausdrücklich aufgenommen: Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt....(Art.2 I GG).

Bei der Betrachtung des GG könnte man allerdings zunächst meinen, daß seine Grundrechtsbestimmungen schrankenlos seien, denn das GG spricht in Art. 1 I 1 von der Unantastbarkeit der Würde des Menschen und in Art. 1 II von "unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten". Aber schon die nachfolgenden Vorschriften enthalten erhebliche Einschränkungen der Grundrechtsbestimmungen. Für alle Rechte besteht die Pflicht zum gemeinschaftsmäßigen Gebrauch, denn "jedes Recht ist sozial und sittlich gebunden"³⁾. Verstößt der Rechtsträger gegen

2) Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts, Heidelberg 1947, S. 89.

3) Georg Dahm: Deutsches Recht, Stuttgart-Köln 1951, S.512; vgl.

diese Bindung, so überschreitet er die dem Recht kraft der Gemeinschaftsbindung immanenten Schranken. Art. 2 I GG nennt als Schranken neben den Rechten anderer die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz. Es sind die allgemeinen, jedem Freiheitsrecht bereits von verfassungswegen innewohnenden immanenten Schranken. Wird der Gesetzgeber im Rahmen dieser immanenten, durch die Verfassung dem Grundrecht vorgegebenen Schranken tätig, "so schafft er damit nicht in konstitutiver Weise neue Grundrechtseinschränkungen, sondern füllt lediglich in deklaratorischer, genauer in interpretativer Weise den durch das GG vorgegebenen Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung aus"⁴⁾. Diese Ermächtigung des Gesetzgebers zu deklaratorischer Interpretation verfassungsmäßig bereits bestehender Grundrechtsschranken wird in der Rechtslehre⁵⁾ auch als "genereller Verfassungsvorbehalt" bezeichnet.

Selbst wenn man die Schranken des Art. 2 I GG nicht als "immanente Grundrechtsschranken" ansieht⁶⁾, kommt man in der Sache selbst zum gleichen Ergebnis, denn es entspricht schon einem auch äußerlich dem Aufbau des Grundrechtsabschnitts des GG zum Ausdruck kommenden Gedanken der Verfassung, die Einzelgrundrechte auch unter die für das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Art. 2 GG bestimmten Schranken zu stellen⁷⁾. Diese Auffassung ist jedenfalls sicher richtig, soweit das Verhältnis zur Freiheit der Meinungsäußerung in Betracht kommt, da dieses Grundrecht für die Entfaltung der

U. des BuVerfG v. 20.7.1954 in NJW 1954, 1235: Der einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein zumutbaren zeigt, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt.

4) Maunz aaO. S. 93.

5) Vgl. Scholtissek in NJW 1952 S. 562 mit Hinweisen; die Bezeichnung "genereller Gesetzesvorbehalt" ist abzulehnen, da man unter "Gesetzesvorbehalt" schlechthin die Ermächtigung des Gesetzgebers zu echten Eingriffen in die eigene Grundrechtssphäre versteht. Maunz aaO. S. 93 spricht

geistigen Persönlichkeit des Menschen unbedingt notwendig ist.

Die Bedeutung der immanenten Grundrechtsschranken liegt darin, daß sie überhaupt erst Eingriffe in die Freiheitssphäre des Individuums gestatten. Ohne sie wäre jeder Eingriff, gleichgültig ob auf Grund eines Gesetzes oder in anderer Weise, unzulässig. Auch dem Gesetz wird letzten Endes einzig und allein durch die den Grundrechten inhärenten sozialen Beschränkungen, die den tieferen Grund der vom Verfassungsgesetzgeber zugelassenen Einschränkungbarkeit der Grundrechte bilden, der Zutritt in die Rechtssphäre des einzelnen ermöglicht⁸⁾.

Neben dem generellen Gesetzesvorbehalt kennt die Rechtslehre noch den "speziellen Gesetzesvorbehalt". Das GG hat zur Erlangung eines erhöhten Schutzes der Grundrechte den Weg der Kasuistik eingeschlagen, im Gegensatz zur Bayerischen Verfassung vom 2. Dezember 1946, welche im Art. 98 eine Generalklausel geschaffen hat, die bestimmt, daß die durch die Verfassung gewährleisteten Grundrechte grundsätzlich nicht eingeschränkt werden dürfen, Einschränkungen aber zulässig sind, wenn die öffentliche Sicherheit, Sittlichkeit, Gesundheit und Wohlfahrt es zwingend erfordern. Zunächst wird zwar in Art. 1 III GG ausdrücklich bestimmt, daß die folgenden Grundrechte Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden, dies gilt aber nur insoweit, als die einzelnen Grundrechtsartikel nicht gesetzliche Eingriffe in das betreffende Grundrecht gestatten.

daher auch von einem Verfassungsvorbehalt zur Interpretation immanenter Grundrechtsschranken. Von Mangoldt-Klein (aaO.S.176) sprechen von einem allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt. Nach ihrem System der Schranken der Grundrechte (aaO. 120 ff.) handelt es sich um allgemeine verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranken für alle Freiheitsrechtsbestimmungen des Grundgesetzes.

6) Wie v. Mangoldt-Klein, aaO.S. 124.

7) So auch Dürig in AöR 79 S.57 ff. Anm.9 und 10; vgl. E. des LVG Rheinland-Pfalz in Verw.Rspr.4 (1952) Nr. 157 S.739.

8) Vgl. Gernert, Die Problematik der bes. Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht, Diss., Erlangen 1954, Kapitel 11.

Ein Blick auf die Art. 5 und 6 des GG u.a. zeigt, daß die Grenzen des Grundrechts in dem einzelnen Grundrechtsartikel selbst festgelegt werden (vgl. Art. 5 II GG). Diese einem Grundrecht beigefügten Grenzen werden als "spezieller Gesetzesvorbehalt" bezeichnet. Soweit der einzelne Grundrechtsartikel diesen "Vorbehalt des Gesetzes" ausdrücklich enthält, geht die "einfache Gesetzgebung" den Grundrechten vor. Der "einfache Gesetzgeber" ist auf Grund des dem Grundrecht beigefügten "speziellen Gesetzesvorbehalts" ermächtigt, in den eigentlichen Inhalt des Grundrechts selbst einzugreifen und durch einen Akt der Gesetzgebung Schranken für die Betätigung des Grundrechts aufzurichten. Diese durch den "speziellen Gesetzesvorbehalt" begründeten Grundrechtseinschränkungen sind konstitutiven Charakters⁹⁾.

Hinsichtlich des von generellen und speziellen Gesetzesvorbehalt erfaßten Gegenstandes ist zu sagen, daß, soweit ein spezieller Gesetzesvorbehalt reicht, bei gleichem Sachverhalt auf den generellen Verfassungsvorbehalt nicht zurückgegriffen werden kann und braucht.¹⁰⁾

Wird ein Grundrecht durch ein Gesetz eingeschränkt, so unterliegt der Gesetzgeber den durch Art. 19 I und II GG festgesetzten materiellen und formellen Voraussetzungen. Danach kann ein Grundrecht nur durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden, aber auch hier nur dann, wenn eine solche Möglichkeit bei der betreffenden Grundrechtsnorm ausdrücklich vorgesehen ist. Das Gesetz muß allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten und es muß das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. Kein Grundrecht darf in seinem Wesensgehalt angetastet werden.

Art. 19 GG und Art. 98 BayVerf. lassen deutlich erkennen, daß der Verfassungsgesetzgeber auf eine genaue Festlegung der Eingriffsmöglichkeiten in die Grundrechtsfreiheiten größten Wert gelegt hat.

9) So Maunz aaO. S. 93.

10) Vgl. Maunz ebenda.

2.) Die Schranken des Art. 5 II GG.

Bei der Meinungsäußerungsfreiheit spielen die vom GG vorgesehenen Schranken des Art. 5 II GG eine erhebliche Rolle, denn damit steht dieses Grundrecht nicht zur Verfügung des Gesetzgebers schlechthin, sondern nur unter ganz bestimmten Vorbehaltsschranken. Neben den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre findet die Meinungsäußerungsfreiheit vor allem in den "allgemeinen Gesetzen" ihre Schranken.

Zunächst gilt es zu klären, was unter "allgemeinen Gesetzen" zu verstehen ist, Es handelt sich dabei besonders um die Frage, ob zu den "allgemeinen Gesetzen" auch die Bestimmungen zu rechnen sind, die sich nicht an die Allgemeinheit, sondern nur an die Angehörigen besonderer Gewaltverhältnisse richten. Zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung war der Begriff "allgemeine Gesetze" sehr umstritten. Die verschiedensten Auffassungen standen sich gegenüber¹¹⁾. Es mag dahinstehen, ob der Begriff nur infolge eines Redaktionsversehens in den Art. 118 WRV gelangt ist¹²⁾, heute bestehen keine Streitfragen mehr. Nach einhelliger Auffassung werden in Übereinstimmung mit der in der Weimarer Zeit besonders von Häntzschel¹³⁾ und Rothenbücher¹⁴⁾ entwickelten Lehre als "allgemeine Gesetze" alle Gesetze verstanden, die dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen, dem Schutze eines Gemeinschaftswertes, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat. Den Gegensatz zu den "allgemeinen Gesetzen" bilden alle Gesetze, die eine Meinung als solche verbieten, die sich gegen die Äußerung der Meinung als solche richten¹⁵⁾. Es kommt also nicht auf den Personenkreis an, an den sich die Gesetze richten. Dieser kann auch ein beschränkter sein. Somit können Gesetze, die sich lediglich auf die

11) Vgl. die Übersicht bei Hellwig in Neumann-Nipperdey-Scheuner II aaO. S.19 ff.

12) Diese Auffassung vertritt Häntzschel in HdbStR II, 651 ff.

Angehörigen bestimmter Gewaltverhältnisse beziehen, wie z.B. die Beamtenvorschriften, auch "allgemeine Gesetze" sein, wenn sie nicht gegen das durch die Meinungsfreiheit geschützte Rechtsgut als solches gerichtet sind¹⁶⁾.

Zum Verhältnis der Grundrechte zu den allgemeinen Gesetzen ist zu sagen: Die grundlegende Bedeutung des Grundrechts der Meinungsäußerungsfreiheit für unseren freiheitlich demokratischen Staat würde erheblich eingeschränkt werden, wenn der sachliche Umfang dieses Grundrechts jeder Relativierung durch einfache Gesetze überlassen bliebe. Die das Grundrecht einschränkenden allgemeinen Gesetze müssen daher im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und ausgelegt werden, denn der besondere Wertgehalt dieses Grundrechts, der in einem freiheitlich-demokratischen Staat zu einer grundsätzlichen Vermutung der Freiheit der Meinungsäußerung in allen Bereichen, im Privatleben wie im öffentlichen Leben, führt, darf keine Einbuße erleiden. "Die gegenseitige Beziehung zwischen Grundrecht und "allgemeinem Gesetz" ist nicht als einseitige Beschränkung der Geltungskraft des Grundrechts durch die "allgemeinen Gesetze" aufzufassen; es findet vielmehr eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die "allgemeinen Gesetze" zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen"¹⁷⁾.

13) In HdbStR II S.651 ff.

14) In VVDStRL 4 S. 20 ff.

15) Vgl. v.Mangoldt, aaO. Art.5 Anm.7; E.des BayVerfGH vom 10.3.1951 u.13.4.1951 in BayVerfGHE NF Band 4 S. 63 ff.; E.des BuVerfG v.15.1.1958 in NJW 1958 S. 258. Verboten wäre ein Sondergesetz - wie das Sozialistengesetz vom Jahre 1878.

16).Vgl. Maunz aaO. S. 101 und siehe unter Anm. 15.

17) So BuVerfG im Urteil vom 15.1.1958 in NJW 1958 S. 258.

3.) Die "allgemeinen Gesetze" nach Art. 5 II GG
und ihr Verhältnis zu Art. 19 GG.

In der Beantwortung der Frage des Verhältnisses der "allgemeinen Gesetze" nach Art. 5 II GG zu Art. 19 I und II GG, also der Frage, ob die "allgemeinen Gesetze" nach Art. 5 II GG auch den materiellen und formellen Anforderungen des Art. 19 I und II GG genügen müssen, besteht im Schrifttum keine Übereinstimmung.

Zwei Auffassungen streiten sich um den Vorrang. Die eine behauptet, daß bei den unter Art. 5 II GG fallenden Gesetzen die allgemeinen Voraussetzungen des Art. 19 I und II GG nicht vorzuliegen brauchen; die andere legt dar, daß ein solches Gesetz den gleichen Anforderungen entsprechen müsse, wie jedes andere Gesetz, durch welches Grundrechte eingeschränkt werden. "Wie Art. 18 GG den Mißbrauch von Grundrechten durch den einzelnen verhindern soll, so soll Art. 19 GG den Mißbrauch der Eingriffsermächtigungen in die Art. 2 bis 16 und 17a GG unterbinden. Sowohl Art. 18 als auch Art. 19 GG dienen im wesentlichen dem Schutz der Grundrechtsbestimmungen"¹⁸⁾.

Art. 19 I GG bildet eine Schranke verfahrensmäßiger Art, weil er sich nicht mit dem Inhalt der Grundrechte, sondern mit den Formerfordernissen befaßt, unter denen in die Grundrechte eingegriffen werden darf¹⁹⁾. Art. 19 II GG dagegen setzt eine Schranke sachlicher Art.

Fast einhellig ist die Rechtslehre in der Anwendung des Art. 19 II GG. Diese Bestimmung lautet, daß in keinem Fall ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf. Art. 19 II GG kommt auch innerhalb des Beamtenverhältnisses Bedeutung zu. Der einzelne ist innerhalb des Beamtenverhältnisses der gleichen Gefahr von Eingriffen in seine persönliche Freiheit ausgesetzt wie jeder Bürger im allgemeinen

18) V. Mangoldt-Klein aaO.S. 541 und S. 251 (Die allgemeine Schutzvorschrift des Art. 19 I 1 ist in Bezug auf die

Gewaltverhältnis. Außerdem läßt die Wortfassung des Art. 19 II GG "in keinem Fall" nur den Schluß zu, daß der Verfassungsgesetzgeber mit dieser Vorschrift die Grundsubstanz der einzelnen Grundrechte vor Eingriffen und Beschränkungen jedweder Art schützen wollte. Diese Vorschrift findet auf alle zulässigen Schranken der Grundrechte Anwendung²⁰⁾. Keine Übereinstimmung besteht in der Anwendung des Art. 19 I. Art. 19 I 1 schreibt vor: soweit nach diesem GG ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Es ist kein Grund ersichtlich, der ein Abweichen von diesem Grundsatz erforderlich machen würde wenn ein besonderes Gewaltverhältnis in Frage steht. In Anwendung dieser Vorschrift im Hinblick auf die Bestimmungen des Beamtengesetzes bestehen auch keine Bedenken. Das Wort "allgemein" bedeutet nicht, daß ein Gesetz sich nicht an eine beschränkte Gruppe von Personen, wie die Beamten, wenden dürfe. Dieses Wort ist dahin zu interpretieren, daß nur innerhalb des Personenkreises der Beamten eine etwaige Einschränkung von Grundrechten allgemein sein muß, d.h. daß sie für alle Beamten in gleicher Weise gelten muß, nicht nur für einen oder einzelne. Mit der Verfassungsbestimmung des Art. 19 I 1 GG "sollte das an sich schon aus dem Gleichheitssatz ergebende Verbot der Einzelaktgesetzgebung nochmals für das Gebiet der grundrechtseinschränkenden Gesetze bekräftigt und auch auf alle Fälle ausgedehnt werden, in denen der Gleichheitssatz versagt"²¹⁾.

Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 5 II nicht tautologisch oder leerlaufend). Vgl. auch Wernicke in BK Anm. II vor 1 zu Art. 19 GG.

- 19) Sinngemäß ebenso Gutachten des BGH vom 25.1.1952 (BGHSt 4, 377): das GG setzt folgerichtig in seinem Art. 19 der Einschränkung von Grundrechten durch den ordentlichen Gesetzgeber auf Grund von Gesetzesvorbehalten bestimmte, allgemeinverbindliche Schranken.
- 20) Vgl. Wernicke in BK Anm. 2a zu Art. 19 GG. In Rechtsprechung und Rechtslehre lassen sich in der Hauptsache drei Theorien zum Begriff des Wesensgehalts nachweisen (vgl. v. Mangoldt-Klein aaO. Art. 19 Anm. V 4).

Die größte Divergenz der Meinungen bringt die Vorschrift des Art. 19 I 2 GG: außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. Diese Bestimmung ist auch für die §§ 52 bis 55, 61 BBG von Bedeutung, da diese keinen Grundrechtsartikel nennen, obwohl z.B. durch § 53 BBG ganz offensichtlich die Meinungsäußerungsfreiheit eingeschränkt wird.

R ö h l ²²⁾, der mit großer Sorgfalt den Versuch unternommen hat, das Anwendungsgebiet des Art. 19 I 2 GG von allen Seiten her zu beleuchten, kommt in seiner Untersuchung zu dem Ergebnis, daß Art. 19 I 2 GG auf "allgemeine Gesetze" (ein allgemeines Gesetz in diesem Sinne sind die Vorschriften des Beamtenrechts²³⁾ nicht anzuwenden sei. Er unterscheidet zwischen den Fällen, in denen diese Vorschrift anwendbar und solchen, in denen sie nicht anwendbar sei. So meint er, daß die Bestimmung nach ihrem Wortlaut nur auf solche Grundrechte anzuwenden sei, die durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes "eingeschränkt" werden können, wobei es keine Rolle spiele, ob der einzelne Grundrechtsartikel von Beschränkung oder Einschränkung oder Eingriff spreche²⁴⁾, wohingegen sie auf solche Grundrechte nicht anwendbar sei, deren nähere Ausgestaltung dem Gesetz überlassen sei (Art. 4 III, 12 I 2 GG) oder bei denen das GG zwar einen Gesetzesvorbehalt in der üblichen Formulierung mache, ohne aber von einer Einschränkung des Grundrechts zu spre-

21) So Wernicke aaO. Anm. 1b zu Art. 19 GG; vgl. v. Mangoldt-Kleir aaO. S. 251: Die allgemeine Schutzvorschrift des Art. 19 I 1 macht mit ihrem hier formal zu fassenden Erfordernis der "Allgemeinheit" gerade auch Gesetze verfassungswidrig, welche die Meinungsäußerung als solche für den Einzelfall einschränken.

22) In AöR 1956 S. 198 ff.

23) Vgl. v. Mangoldt aaO Art. 5 Anm. 7; für das frühere gleichlautende Recht Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl., Berlin 1932, Art. 118 Anm. 4 und 5. A. A. Nawiasky, Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. 12. 1946, Handkomm., München-Berlin 1948, S. 93: das Beamtenrecht als solches ist kein "allgemeines Gesetz", wohl aber enthält es Rechtssätze, die "allgemeine Gesetze" sind, weil sie nicht als besondere Normen auf den Schutz des Staates

chen (Art. 16 III, 14 III, 15, 16 I 2 GG); in diesen Fällen liege keine "Einschränkung" des Grundrechts im Sinn des Art. 19 I 2 GG vor. Außerdem brauche Art. 19 I 2 GG dort nicht angewandt zu werden, wo das Grundrecht die Bestimmung der "Grundrechts s c h r a n k e n" dem Gesetz überlasse, wie bei Art. 5 II GG; hier spreche das GG von "Schranken", nicht von "Einschränkungen". "Schranken seien etwas dem Grundrecht vorkonstitutionell Innewohnendes, das Grundrecht sei von vornherein nur in dem durch sie bezeichneten Umfang gewährt (mögen auch die Schranken erst durch nachkonstitutionelle Gesetze positiviert werden); "Einschränkungen" dagegen verminderten nachträglich den Umfang des vom GG gewährleisteten Grundrechts²⁵⁾.

Die von Röhl vorgetragenen Gedanken sind nicht geeignet, das Problem des Art. 19 I 2 GG in zufriedenstellender Weise zu lösen, da seiner Argumentation die volle Zustimmung versagt werden muß. Er trifft eine Unterscheidung nach rein formalen Gesichtspunkten. Die Ansicht, nach dem bloßen Wortlaut der Grundrechtsartikel, "Einschränkungen", "Beschränkungen" und "Eingriffe" von anderen Begrenzungen, "Schranken", zu unterscheiden, ist nicht haltbar. So begrüßenswert eine einheitliche Terminologie ist und der Verfassungsgesetzgeber immer bemüht sein sollte, Worten gleichen Inhalts auch die gleiche Bezeichnung zu geben, ohne auf sprachliche Schönheit Rücksicht zu nehmen, haftet Röhl doch zu übertrieben am Wortlaut, wenn er derartige Unterschiede daraus folgern will. Konsequenterweise müßte er dann, wie von Mangoldt-Klein²⁶⁾ richtig betonen, nach dem "Wortlaut" des Art. 19 I 1 auch dessen Anwendbarkeit in denselben Fällen ablehnen. Es bliebe dann nur noch die Frage, ob er denselben Schluß "nach dem Wortlaut" auch für Art. 19 II GG ziehen will. Eine unmögliche Folgerung!

oder Dienstes vor der Äußerung bestimmter Meinungen, sondern überhaupt auf den Schutz staatlicher Interessen gerichtet sind, die gegen jede, gleichviel durch welche Betätigung erfolgende Gefährdung sichergestellt werden sollen.

24) Röhl aaO. S. 203.

25) Röhl aaO. S. 207.

Eine andere Lösung bringen v. Mangoldt-Klein²⁷⁾. Sie sehen in Art. 19 I 2 GG im Gegensatz zu Art. 19 I 1 keine Muß-, sondern nur eine Soll-Vorschrift; ihre Verletzung habe daher nicht die Nichtigkeit des Gesetzes zur Folge²⁸⁾. Als Muß-Vorschrift sei Art. 19 I 2 nämlich - wie dies v. Mangoldt in der Beratung getan habe²⁹⁾ - als Formalismus und unnötige Erschwerung der Arbeit des Gesetzgebers zu bezeichnen³⁰⁾.

Man stelle sich nur ein Gesetz vor, das im Rahmen der grundgesetzlichen Ermächtigungen in eines der Grundrechte eingreift, das also materiell rechtsgültig erlassen worden sei, bei dem sich der Gesetzgeber im Augenblick aber nicht des Eingriffs bewußt gewesen sei und daher die Anführung von Artikel und Grundrecht unterlassen habe. Ein solches Gesetz dürfte bei Annahme einer Muß-Vorschrift des Art. 19 I 2 GG wegen Nichteinhaltung der formellen Erfordernisse nicht als gültig angesehen werden; der Gesetzgeber wäre also gezwungen, es in dem umständlichen und langwierigen Verfahren der Gesetzgebung erneut zu beschließen, und das nur, um Artikel und Grundrecht nachzutragen. Es könne doch nur darauf ankommen zu sichern, daß der Gesetzgeber nicht allmächtig in die gewährleisteten individuellen Freiheiten eingreife. Dafür sei aber schon durch die Formulierung der Grundrechtsbestimmung, den Freiheitsrechtsleitsatz des Art. 2 I GG und nicht zuletzt durch Art. 19 I 1 und II GG, sowie durch die richterliche Prüfungszuständigkeit gem. Art. 19 IV und Art. 100 GG gesorgt.

Dagegen vertritt Wernicke³¹⁾ den Standpunkt, der Verfassungsgesetzgeber habe sich eben mit voller Absicht für eine so

26) AaO. S. 547.

27) AaO. S. 541.

28) A.A. insbes. Röhl aaO. S. 213.

29) V. Mangoldt, aaO., Anm. 3 zu Art. 19 GG.

30) Ebenso Dürig in AöR 79 S. 61 Anm. 13: formalistische Hypertrophie des GG; in der Tat hat hier der Gesetzgeber des Guten zuviel getan.

31) In BK Anm. 1c zu Art. 19 GG.

weitgehende Sicherung der Grundrechte entschieden, da unter der Herrschaft des Grundgesetzes Eingriffe in die Grundrechte etwas so Außergewöhnliches seien, daß sich der Gesetzgeber dazu nur nach reiflichster Überlegung und in einer für Jedermann von vornherein erkennbaren Weise entschließen dürfe. Die Bestimmung bilde eine der wichtigsten Maßnahmen, um eine erneute Aushöhlung der Grundrechte von vornherein unmöglich zu machen.

Gleicher Meinung ist Friesenhahn³²⁾, der darauf hinweist, daß man die besonderen Voraussetzungen, die das GG bei den Grundrechten für deren Einschränkung vorsieht, beachten müsse. Man sollte es sich nicht mit der Einschränkung der Grundrechte allzu leicht machen. Auch Maunz³³⁾ fordert die Anwendung der Sicherungsvorschrift des Art. 19 GG für solche Gesetze, die auf Grund eines speziellen Gesetzesvorbehalts, der einem bestimmten Grundrecht durch das GG ausdrücklich beigelegt wurde, Einschränkungen dieses Grundrechts möglich machen. Nach Kiefersauer³⁴⁾ besteht die Hemmung der Tätigkeit des Gesetzgebers durch Art. 19 I 2 GG wohl kaum in dem Zwang zur Bezeichnung des Grundrechts und des seine rechtliche Ausgestaltung ausdrückenden Artikels, sondern in dem Zwang zum Bekenntnis, daß das verkündete Gesetz ein Grundrecht berührt. Es bedürfe wohl keiner Begründung der Rechtsauffassung, daß die Verweigerung des Bekenntnisses zum Eingriff in das Grundrecht ganz ebenso eine Verletzung der verfassungsmäßigen Ordnung wie sie im Art. 19 I GG zum Ausdruck kommt, darstelle, wie die Verletzung des Grundrechts selbst.

Dieser Gedankengang kann nicht deshalb als unbeachtlich hingestellt werden³⁵⁾, weil "Bekenntnis" die Bekenntnisfähigkeit und diese wieder die Erkenntnisfähigkeit voraussetze, da man

32) In DVBl. 1949 S. 481.

33) AaO. S. 108.

34) In JR 1952 S.82.

35) Wie es v.Mangoldt-Klein aaO. S.548 machen.

eine solche von dem Gesetzgeber nicht verlangen könne, der infolge seiner Arbeitsüberlastung einfach keine Zeit habe, sich mit den schwierigen Rechtsfragen auseinanderzusetzen, wann eine Gesetzesbestimmung ein Grundrecht einschränke.

Art. 19 I 2 GG hat gerade den Zweck, den Gesetzgeber zu höchster Vorsicht zu mahnen, wenn eine Einschränkung von Grundrechten in Betracht kommen kann. Der Gesetzgeber darf nicht vergessen, wie Friesenhahn es formuliert hat³⁶⁾, daß die Grundrechte ihre "integrierende" Funktion nur dann erfüllen können, wenn der Bürger sie als einen unbedingten und sicheren Schutz weiß und achtet. Dazu gehört, daß auch die Bestimmungen, die zu ihrem Schutz ausdrücklich in die Verfassung aufgenommen worden sind, beachtet werden. "Art. 19 I 2 GG bedeutet keineswegs eine unnötige Formalität; sie soll vielmehr den Organen der Gesetzgebung die volle Schwere ihrer Verantwortung deutlich machen"³⁷⁾.

Ein gewisser Widerspruch liegt in den Ausführungen von v. Mangoldt-Klein selbst, die über die Bedeutung des Art. 19 GG ausführen³⁸⁾, daß Art. 19 I und II in erster Linie Ausdruck des Mißtrauens gegenüber dem Gesetzgeber sind und es sich im Laufe der Verfassungsgeschichte erwiesen hat, daß die Grundsätze der Gewaltengliederung und der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht ausreichten, um den Bürger hinreichend vor Übergriffen der öffentlichen Gewalt zu schützen. Wenn er auf der einen Seite dem Art. 19 I GG eine große Bedeutung zur Sicherung der Grundrechte beimißt, kann er auf der anderen Seite nicht die Vorschrift wegen Unpraktikabilität und aus Gründen der Arbeitsüberlastung des Verfassungsgesetzgebers zu einer Sollvorschrift herabsetzen und erklären, daß Art. 19 I 2 GG bei einer strikten Anwendung als Muß-Vorschrift mit einiger Sicherheit zu einer

36) In DVBl. 1949 S. 481.

37) Wernicke in BK Anm. 1c zu Art. 19 GG; vgl. Hamann aaO. Anm. 1 zu Art. 19 GG.

38) AaO. S. 541.

formellen Farce führen würde.

Wie man auch diese Verfassungsvorschrift rechtspolitisch würdigen mag, fest steht jedenfalls, daß es sich um geltendes Recht handelt, das eine unbedingte Anwendung erfordert. Wenn Art. 19 I 2 GG sagt: außerdem m u ß das Gesetz, so kann diese im Wortlaut eindeutig und klare Muß-Vorschrift nicht zu einer Soll-Vorschrift abgewertet werden.

Die Gesetzgebung hat auch bisher die Vorschrift des Art. 19 I 2 GG beachtet. Dies zeigen die folgenden Beispiele: So wurde gem. Art. 19 I 2 GG der Art. 5 I GG genannt im Bundesgesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften vom 9.6.1953 (BGBl. I S. 377); im Bayer. Gesetz gegen die Verwendung von Kennzeichen verbotener Organisationen vom 27.3.1952 (GVBl. 123); im Berliner Unterbringungsgesetz vom 24.7.1952 (GVBl. 630, § 11); im Bayer. Polizeiaufgabengesetz vom 16.10.1954 (GVBl. 237, Art. 71); § 49 des Wehrpflichtgesetzes vom 21.7.1956 (BGBl. I S. 651).

Ob die Vermutung, daß Art. 19 I 2 GG wirklich wegen Unpraktikabilität unanwendbar sei und der Verfassungsgesetzgeber gegebenenfalls eine Änderung dieser Vorschrift herbeiführen muß, kann erst die gerichtliche Praxis in der Zukunft beweisen. Nach heute geltendem Recht jedenfalls sind alle Gesetze, die unter der Geltung des GG ergangen sind und die nicht dem Formerfordernis des Art. 19 I 2 GG entsprechen, nichtig. Warum eigentlich auch nicht, fragt Bachof³⁹⁾, eine vorsorgliche Klausel bei den grundrechtseinschränkenden Gesetzen könnte doch wirklich nicht schaden!

39) In DÖV 1954 S. 595 Anm. 24.

III. Die Einschränkung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung durch das Beamtenverhältnis.

Herrschende Lehre und Rechtsprechung der Weimarer Zeit gingen davon aus, daß die Pflichten aus dem besonderen Gewaltverhältnis sich stärker erweisen als die Grundrechte mit der Folge, daß die Grundrechte, soweit sie mit diesen Pflichten kollidierten, nicht ausgeübt werden durften. Man ließ unbedenklich alle die Einschränkungen der Grundrechte zu, die sich aus dem Wesen und dem Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses jeweils ergaben¹⁾. Diese Meinung vom Vorrang des besonderen Gewaltverhältnisses gegenüber den Grundrechten wurde auch bezüglich des Beamten vertreten.

Auch heute finden wir in der Rechtslehre und Rechtsprechung²⁾ überwiegend die Meinung vertreten, daß Einschränkungen der Grundrechte innerhalb des Beamtenverhältnisses möglich sind. Diese Ansicht ist zwar richtig, wie wir sehen werden, sie bedarf aber einer eingehenden verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, da sich in der Verfassung keine ausdrückliche Vorschrift des Inhalts befindet, daß den Beamten in der Ausübung von Grundrechten bestimmte Beschränkungen auferlegt sind.

Vormerkung: Die Doppelstellung des Beamten.

Ein wichtiger Hinweis soll noch vorausgeschickt werden, bevor die einzelnen juristischen Begründungen für die Einschränkungbarkeit von Grundrechten durch das Beamtenverhältnis untersucht werden. Eine richtige Antwort auf die Frage,

1) Vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, aaO. Anm. 4d zu Art. 118; W.Jellinek, aaO. S.370/71.

2) V.Mangoldt-Klein, aaO. S.133 ff.; Maunz, aaO. 113 ff.; Koellreutter, aaO. S.52; Kalisch in AöR 78 S. 334 ff.; Hamann, aaO. S. 67 ff.; OVG Rheinland-Pfalz in DVBl. 1952 S. 596 und in DVBl. 1955 S. 158 mit Hinweisen aus der Rechtsprechung.

in welchem Verhältnis die Dienstpflichten des Beamten zu den staatsbürgerlichen Freiheiten stehen, läßt sich nur finden, wenn man die Doppelstellung des Beamten berücksichtigt. Der Beamte steht in einer zweifachen rechtlichen Beziehung zur obrigkeitlichen Gewalt. Einmal steht er in einem allgemeinen Verhältnis zum Staat, so daß ihm die gleichen Freiheiten wie jedem anderen Staatsbürger zustehen, zum anderen steht er in einem besonderen Verhältnis zum Staat, durch das ihm besondere Pflichten auferlegt werden. Ein Beispiel zeigt diese Doppelstellung sehr deutlich: Tritt ein Beamter in einer öffentlichen politischen Versammlung auf, so kann dies unter Umständen eine Verletzung der sich aus dem Beamtenverhältnis ergebenden Pflichten darstellen. Der Dienstherr kann mit entsprechenden disziplinarischen Maßnahmen gegen den betreffenden Beamten vorgehen. Dagegen steht der Polizei nicht das Recht zu, ihn deswegen in der Ausübung seiner Grundrechte zu beschränken. Gegenüber der Polizei kann der Beamte von dem in den Verfassungen gewährleisteten Grundrechten in gleichem Umfang Gebrauch machen wie jeder andere Staatsbürger. Er hat hier lediglich die Schranken zu beachten, die von der Verfassung allgemein vorgesehen sind. Eine Einschränkung von Grundrechten kommt somit nur im "Innenverhältnis", im Verhältnis des Beamten zu seinem Dienstherrn, in Betracht, während im "Außenverhältnis", im Verhältnis zur allgemeinen Staatsgewalt, der Beamte die gleiche Stellung einnimmt wie jeder andere Staatsbürger.³⁾

1.) Die verschiedenen Auffassungen in der Rechtslehre zur Begründung der Einschränkung.

a) Die Begründung aus dem besonderen Gewaltverhältnis.

Eine Auffassung⁴⁾ bringt zur Rechtfertigung von Einschränkungen folgende Begründung: Der Beamte stehe zu seinem Dienst-

3) Vgl. Gerber, "Über die Doppelstellung der Beamten" in VVDStRL 7 S.49 ff.; Der Verfasser ist sich darüber im klaren, daß sich das nicht immer so trennen läßt. Es soll hier nur

herrn in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis (Beamtenverhältnis), durch das ihm seine ganze Lebensstellung gesichert wurde. Das Beamtenverhältnis sei ein "besonderes Gewaltverhältnis". D a r a u s folge, daß Einschränkungen für die Ausübung von Grundrechten zulässig seien. Das Rechtsinstitut des besonderen Gewaltverhältnisses rechtfertigt nach dieser Auffassung eine Einschränkung von Grundrechten.

b) Die Lehre von der freiwilligen Unterwerfung
(die heute herrschende Lehre)⁵⁾.

Diese Lehre geht davon aus, daß die Grundrechte auch im besonderen Gewaltverhältnis gelten, da das besondere Gewaltverhältnis keinesfalls als "grundrechtsleerer Raum" behandelt werden kann. Da aber das Beamtenverhältnis, wie alle besonderen Gewaltverhältnisse, auf die Erreichung eines bestimmten Zweckes gerichtet sei, könne die Ausübung der Grundrechte durch den Beamten im Einzelfall mit dem speziellen Zweck in Widerspruch treten. Der einzelne Beamte verzichte deshalb bei Eintritt in das Beamtenverhältnis von vornherein auf die Ausübung der Grundrechte insoweit, als sie mit dem Zweck des Beamtenverhältnisses und den gesteigerten Pflichten kollidieren würde. Der Verzicht auf die Grundrechte als solche sei zwar nicht zulässig, jedoch handle es sich beim Beamten nur um einen Verzicht auf die Ausübung der Grundrechte, auf deren Geltendmachung. Dem Beamten, dem in der Ausübung der Grundrechte Beschränkungen auferlegt werden, geschehe auch kein

die Doppelstellung des Beamten besonders veranschaulicht werden.

4) Kratzer in Mang, LB des Verwaltungsrechts II, München 1952, S.10; vgl.E.des OVG Rheinland-Pfalz in DVBl.1955 S.158.

5) Eigentlich handelt es sich nur um "einige sporadische Stellungnahmen der Rechtslehre und Rechtsprechung zu Einzelheiten des Problems", so v.Mangoldt-Klein,aaO.S.134; Hauptvertreter ist Herbert Krüger, vgl.DVBl.1950,S.625 ff. und NJW 1953 S.1369 ff.

Unrecht; volenti non fit iniuria⁶⁾. Seine freiwillige Unterwerfung ersetze die fehlende gesetzliche Ermächtigung. Den Verzicht auf die Ausübung gewisser Grundrechte spreche der Beamte beim Eintritt in das Beamtenverhältnis aus. In der Zustimmung zur Ernennung zum Beamten liege gleichzeitig auch der Verzichtswille, der nicht ausdrücklich erklärt, sondern der stillschweigend durch konkludentes Handeln zum Ausdruck gebracht werde, denn jeder wisse, daß der Beamte gesteigerte Pflichten zu erfüllen habe, gegenüber denen unter Umständen einzelne Grundrechte zurücktreten müßten. Ein Austritt aus dem Beamtenverhältnis sei jederzeit möglich, so daß die Einschränkung der Grundrechte im Ergebnis nicht einer Entziehung gleichkomme. Der Gefahr, daß der Staat bestrebt sein könnte, den dem Beamten beim Eintritt in das Beamtenverhältnis unterstellten Verzicht möglichst weit auszuweiten und dadurch alle möglichen Einschränkungen der Grundrechte zu rechtfertigen, die sonst unzulässig und mit dem Zweck nicht vereinbar wären, werde dadurch begegnet, daß dem Beamten alle Rechtsmittel zu Gebote ständen, die bei Verletzung eines Grundrechts durch die öffentliche Gewalt allgemein vorgesehen seien. Auch in den besonderen Gewaltverhältnissen müsse die Vermutung für die Rechte und Freiheiten und gegen deren Einschränkung sprechen.

c) Die Lehre nach von Mangoldt-Klein⁷⁾.

Die Grundrechtsbestimmungen gelten nicht schrankenlos. Ausdrücklich bringt das GG bei der Verbürgung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung sogleich zum Ausdruck, daß diese Grundrechtsbestimmung einschränkbar ist. Das GG verbindet die Gewährleistung des Grundrechts und die ausdrückliche Regelung ihrer Einschränkung in der Weise, daß in einem

6) Forsthoff aaO. S.442

7) von Mangoldt-Klein, aaO. S. 120 ff.

selbständigen Absatz des Grundrecht uneingeschränkt ausgesprochen wird, wogegen die Einschränkung erst in einem besonderen Absatz folgt (vgl. Art. 5 I mit Art. 5 II GG). Schranken ergeben sich aber nicht nur aus der ausdrücklichen Regelung ihrer Einschränkung, wie von Mangoldt-Klein ausführen, sondern bereits aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung selbst, bisher unklar als inhärente oder immanente Schranken bezeichnet. In seiner Einteilung der Schranken der Grundrechtsbestimmungen unterscheidet er zwischen zwei Gattungen: den Gewährleistungsschranken und den Vorbehaltsschranken.

Gewährleistungsschranken sind dabei solche Schranken der Grundrechte und Einrichtungsgarantien, die in der Art und Weise ihrer verfassungsrechtlichen Gewährleistung selbst enthalten sind. Diese Gewährleistung beschränkt sich selbst entweder auf einen bestimmten sachlichen Inhalt der Grundrechte (sachliche Gewährleistungsschranken) oder auf einen bestimmten Kreis von Personen als die aus ihnen Berechtigten (persönliche Gewährleistungsschranken). Sachliche Gewährleistungsschranken sind solche Schranken der Grundrechte, durch die diese nach ihrem Inhalt und Wesen sachlich umgrenzt werden. Persönliche Gewährleistungsschranken sind solche Schranken der Grundrechte, durch welche die aus den Grundrechten Berechtigten bestimmt werden. Eine weitere Unterscheidung und Einteilung ergibt sich daraus, ob die Gewährleistungsschranke in der Einzelgewährleistung des betreffenden Grundrechts enthalten ist (immanente Gewährleistungsschranke) oder ob sie aus dem System der Grundrechtsbestimmungen folgt (systematische Gewährleistungsschranke). Die Vorbehaltsschranken werden in verfassungsmittelbare und verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranken eingeteilt. Die verfassungsunmittelbaren Vorbehaltsschranken sind die, welche ihre Wirkungskraft unmittelbar aus dem Grundgesetz herleiten (z.B. der sog. allgemeine Gemeinschaftsvorbehalt des Art. 2 Abs. I Halbsatz 2 GG). Verfassungsmittelbare Vorbehaltsschranken sind die auf Grund eines Vorbehalts

zugunsten eines allgemeinen oder besonderen Gesetzes⁸⁾ ergangenen grundrechtseinschränkenden (einfachen) Gesetze. Die immanenten persönlichen Gewährleistungsschranken sind nicht einheitlich geartet. Eine Unterart solcher Schranken ist neben dem Deutschsein im Sinne des Art. 116 I GG für die Grundrechte der Artikel 8, 9, 11 und 12 GG und der sog. Grundrechtsmündigkeit das Recht auf Verweigerung des Kriegsdienstes mit der Waffe aus Gewissensgründen, das nur wehrpflichtigen Personen zustehen kann. Eine weitere Unterart (Sonderfall) von persönlichen Gewährleistungsschranken sehen nun von Mangoldt-Klein außer in der Verwirkung von Grundrechten gem. Art. 18 GG auch in den sog. besonderen Gewaltverhältnissen, denen gewisse Menschen - insbes. die Beamten - unterliegen. Ebenso wie in den anderen Fällen der persönlichen Gewährleistungsschranken wird auch in denen der besonderen Gewaltverhältnisse die persönliche Rechtsstellung des Rechtsträgers bestimmt oder beeinflußt. Jeder, der einem besonderen Gewaltverhältnis unterliegt, hat entweder für die Dauer seiner Zugehörigkeit - gegebenenfalls auch noch nach deren Beendigung - gewisse Grundrechte überhaupt nicht oder ist zumindest in der Ausübung dieser Grundrechte dauernd oder vorübergehend eingeschränkt.

Die landläufige Frage nach dem Gelten von Grundrechten im besonderen Gewaltverhältnis muß gegenüber den bisherigen Äußerungen der Rechtslehre und Rechtsprechung genauer dahingestellt werden, ob und bejahendenfalls inwieweit die Grundrechte, die im allgemeinen Gewaltverhältnis bestehen, dadurch eingeschränkt werden, daß ihr Inhaber in ein besonderes Gewaltverhältnis eintritt⁹⁾. Aus dieser Fragestellung ergibt sich, daß das Stehen in einem besonderen Gewaltverhältnis ein besonderer Grund für die Einschränkung von Grundrechten und daß das besondere Gewaltverhältnis demgemäß ein Sonderfall der persönlichen Gewährleistungsschranken ist. Im einzelnen folgt v. Mangoldt-Klein dann auch der Begrün-

8) Allgemein als "spezieller Gesetzesvorbehalt" bezeichnet-

9) v. Mangoldt-Klein, aaO. S. 136 ff.

dung der h.L. (Rechtfertigung der Grundrechtseinschränkung durch den Verzicht auf die Ausübung des Grundrechts in dem durch den Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses bestimmten Umfang).

2.) Kritik dieser Lehrmeinungen.

a) Zur Lehre von der Begründung aus dem besonderen Gewaltverhältnis.

Die Begründung, w e i l das Beamtenverhältnis ein besonderes Gewaltverhältnis ist, sind Einschränkungen von Grundrechten möglich, ist nicht mehr haltbar. Die früher vertretene Auffassung über die automatische Einschränkung von Grundrechten im besonderen Gewaltverhältnis ist mit der Stellung der Grundrechte in der heutigen Staatsordnung nicht mehr zu vereinbaren. Ein einfacher Hinweis auf die "doktrinäre Konstruktion" des besonderen Gewaltverhältnisses, obwohl es ein besonderes Gewaltverhältnis als solches gar nicht gibt, genügt nicht, um damit den Grundrechten innerhalb der besonderen Gewaltverhältnisse ihre Wirkung absprechen zu können. Wenn die Verfassungen Einschränkungen von Grundrechten nur in einem ganz bestimmten Umfang und Rahmen zulassen und dadurch auch die Allmacht des Gesetzgebers in gleichem Maße gebunden wird, so kann man diese Allmacht für das besondere Gewaltverhältnis nicht damit wiederherstellen, daß man sich einfach auf das besondere Gewaltverhältnis beruft, um eine Einschränkung zu begründen. Das besondere Gewaltverhältnis kann für sich allein keine Rechtfertigung für eine Einschränkung der Grundrechte bilden. Herbert Krüger¹⁰⁾ sagt daher mit Recht, daß dieses im Ergebnis nichts anderes als eine Verfassungsumgebung wäre.

Ein allgemeiner Grundsatz, nach dem die besonderen Gewaltverhältnisse an sich schon die Grundrechte einschränken, kann

10) In BBZ 1950 S. 238.

nicht anerkannt werden. Wenn im Schrifttum auf Grund der Bedeutung der Grundrechte Einschränkungen von Grundrechten im besonderen Gewaltverhältnis nur mit erheblichen Vorbehalten zugelassen werden und es heißt, "die Möglichkeiten einer solchen Einschränkung sind dem Sinne des Grundgesetzes entsprechend möglichst eng auszulegen"¹¹⁾ und "die Vermutung muß auch in solchen besonderen Rechtsverhältnissen zugunsten der Rechte und Freiheiten und zu ungunsten ihrer Schranken und Ausnahmen sprechen. Je rechtsstaatlicher eine Rechtsordnung ist, desto stärker wird die Lehre vom Anstaltsverhältnis, das Grundrechte durchbrechen kann, zurückgedrängt werden müssen"¹²⁾, so ist nur noch ein kleiner Schritt zu der Auffassung, daß Einschränkungen von Grundrechten im besonderen Gewaltverhältnis nur zulässig sind, wenn es das GG selbst (entweder direkt oder durch positivrechtliche Regelungen, für die in den entsprechenden Grundrechtsartikeln Ermächtigungen enthalten sein müssen) ermöglicht. Die Auffassung, daß die besonderen Gewaltverhältnisse an sich schon die Grundrechte einschränken, kann deshalb heute auf keinen Fall mehr aufrechterhalten werden.

b) Zur Lehre von v. Mangoldt-Klein.

Keine Bedenken bestehen gegen eine Einteilung der Schranken der Grundrechte in persönliche Gewährleistungsschranken¹³⁾. Auf Widerspruch stoßen muß jedoch die Auffassung, daß die Einschränkung der Grundrechte durch das Beamtenverhältnis nicht den förmlichen und sachlichen Voraussetzungen des Art. 19 GG zu entsprechen brauche, weil das "Stehen in einem besonderen Gewaltverhältnis" zu den persönlichen Gewährleistungsschranken gehöre, eine Anwendung der Vorschrift des Art. 19 GG aber nicht für diese Art von Schranken, sondern nur für

11) v. Mangoldt-Klein aaO. S. 139.

12) Maunz aaO. S. 113/14; ebenso Koellreutter, aaO. S. 52, der ausführt: Sicher entspricht es dem Sinn des GG, daß die Möglichkeiten einer solchen Einschränkung eng auszulegen sind.

die verfassungsmittelbaren Vorbehaltsschranken in Betracht komme¹⁴⁾.

Man kann nicht ein neues System von Schranken der Grundrechte aufstellen und das besondere Gewaltverhältnis in eine Gruppe einordnen, in der die sonst für die Einschränkung von Grundrechten geltenden Vorschriften nicht zu beachten sind. Ausgangspunkt muß immer das GG bleiben, und nach seinem Wortlaut ist Art. 19 GG auf alle Einschränkungen von Grundrechten des einzelnen Staatsbürgers, auch für den im besonderen Gewaltverhältnis stehenden, anzuwenden. Unter diesem Blickwinkel kann der Auffassung, daß das "Stehen in einem besonderen Gewaltverhältnis" zu den persönlichen Gewährleistungsschranken gehöre, nicht zugestimmt werden. Wenn das "Deutschsein" im Sinne des Art. 116 I GG als eine persönliche Gewährleistungsschranke mit der Folge, daß Art. 19 GG nicht beachtet werden muß, angesehen wird, so ist das sinnvoll, denn kein Mensch kommt auf den Gedanken, das "Deutschsein" als Schranke mit Art. 19 GG in Verbindung zu setzen. Ebenso ist es mit der persönlichen Gewährleistungsschranke der "Grundrechtsmündigkeit". In beiden Fällen liegt die Schranke im Begriff ("Deutschsein") selbst; mit der Bestimmung des Begriffs ist auch die Schranke festgelegt. Hier ist es angebracht, von persönlichen Gewährleistungsschranken zu sprechen, von Schranken, für die Art. 19 GG nicht beachtet werden muß¹⁵⁾.

-
- 13) Unklar ist allerdings das Verhältnis von Gewährleistungsschranke und verfassungsmittelbarer Vorbehaltsschranke: die Beamteneigenschaft ist nach ihm für die Ausübung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung sowohl eine "persönliche Gewährleistungsschranke" als auch eine "verfassungsmittelbare Vorbehaltsschranke"; vgl. auch die Kritik zu diesem Punkt der Lehre von v. Mangoldt-Klein von v. Münch, aaO. S. 32.
- 14) So v. Mangoldt-Klein, aaO. S. 541. Die Formulierung vom "Stehen in einem besonderen Gewaltverhältnis" ist (ein) m. E. ein sprachlich verunglückter Ausdruck.
- 15) Diese beiden Arten von persönlichen Gewährleistungsschranken decken sich auch voll mit seiner Definition von den persönlichen Gewährleistungsschranken: "Solche, durch die die aus den Grundrechten Berechtigten bestimmt werden" (S. 123).

c) Die Ablehnung der Lehre von der freiwilligen Unterwerfung.

Als Rechtfertigung für die Einschränkung von Grundrechten innerhalb des Beamtenverhältnisses führt die herrschende Lehre den Verzicht auf die Ausübung gewisser Grundrechte an. Da der Eintritt in das Beamtenverhältnis nur mit der Einwilligung des Betroffenen erfolge, sei eine Einschränkung möglich, auch ohne daß ein grundrechtseinschränkendes Gesetz vorzuliegen brauche. Der Verzicht liege in der Unterwerfung auf Grund eigener freier Willensentschließung.

aa) Zur Lehre vom Verzicht auf die Ausübung eines Grundrechts.

Die Lehre vom Verzicht ist im öffentlichen Recht nicht unbestritten. Mit Schoenborn¹⁶⁾ wird man unter Verzicht die durch einseitige Willenserklärung erfolgende Aufgabe eines Rechts zu verstehen haben, welche das Erlöschen des Rechts verursacht und demnach eine Verfügung über dieses Recht darstellt¹⁷⁾

Die Frage eines Verzichts in diesem Sinne spielt bei den Grundrechten nicht die überragende Rolle, da es keinem Zweifel unterliegen kann, daß auf die in der Verfassung statuierten Grundrechte nicht verzichtet werden kann. Es heißt in Art. 1 II GG: Das deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten Unveräußerlich bedeutet aber soviel wie unverzichtbar. Diese Unverzichtbarkeit gilt nicht nur für die sog. überstaatlichen Grundrechte, sondern auch für die übrigen Grundrechte, denn die Existenz der Grundrechte berührt nicht lediglich ein Einzel-, sondern stets das Gesamtinteresse. Die Grundrechte sind eine wichtige Garantie für die rechtsstaatliche Ordnung, sie können daher nicht in das freie Belieben des einzelnen gestellt sein. "Man kann sich ihrer nicht nach Belieben ent-

16) In Studien zur Lehre vom Verzicht, Stuttgart 1908, S. 27.

17) So auch W. Jellinek aaO. S. 214 und Forsthoff aaO. S. 235.

äußern; denn sie kommen dem Menschen nicht um seiner Willkür willen, sondern wegen seiner sittlichen Bestimmung zu. Da die sittliche Bestimmung dem Menschen a priori immanent ist, ist sie nicht in seine Verfügungsgewalt gegeben. Deshalb ist ein Verzicht auf die Grundrechte unmöglich¹⁸⁾. Die Unverzichtbarkeit der Grundrechte gehört mit in den Bereich der Sicherungen gegen die Gefährdung ihres Bestandes, wie Maunz meint¹⁹⁾.

Zulässig dagegen ist nach der herrschenden Lehre der Verzicht auf die **A u s ü b u n g** der Grundrechte bzw. einzelner aus ihnen fließender Befugnisse²⁰⁾, denn bei einem Verzicht auf die Ausübung werde das Grundrecht als solches nicht angetastet, der einzelne schließe nur eine Geltendmachung aus.

Gegen diese Unterscheidung der herrschenden Lehre, daß der Verzicht auf das Grundrecht als Ganzes nicht zulässig, der Verzicht auf die Ausübung des Grundrechts dagegen möglich sei, bestehen erhebliche Bedenken. Die Begründung, daß bei einem Verzicht auf die Ausübung das Grundrecht als solches nicht angetastet wird, der einzelne nur seine Geltendmachung ausschließt, ist nämlich nur eine Formalie. Dürig²¹⁾ hat diese "dogmatisch mögliche Aufspaltung als unzulässigen Kunstgriff" bezeichnet. In der Tat, worin soll auch ein materieller Unterschied liegen? Entweder dem Träger steht das Grundrecht zu und er kann es ausüben oder er verzichtet auf die Ausübung des Grundrechts, dann hat er eben das Grundrecht nicht, denn was nützt ihm ein Grundrecht, wenn er es nicht geltend machen kann²²⁾. Ein Wesensmerkmal des Rechts ist ge-

18) Wernicke aaO. Anm. 3b zu Art. 1 GG.

19) AaO.S.114; so auch Krüger in DVBl. 1950 S. 629.

20) Anstelle vieler Maunz aaO. S. 114.

21) In AÖR 81, S.152; anders früher in "Das Eigentum als Menschenrecht" in Zges StW 109 (1953) S. 328.

22) Dürig aaO.: ein subjektives Recht, das zwar als solches bestehen bleibt, aber als durchsetzbares Ausübungsrecht entfällt, ist in seinem materiellen Ergebnis ein nudum ius, also eben ein Recht ohne Wesensgehalt. Art. 19 II GG zwingt uns zu materieller Ehrlichkeit.

rade seine Erzwingbarkeit; jedes Recht strebt nach unbedingter Durchsetzung. So ist auch die Ausübbarkeit Begriffsinhalt des Grundrechts. Wenn daher auf die Ausübung eines Grundrechts verzichtet wird, wird dem Grundrecht seine wichtigste Funktion genommen. Das Grundrecht wird zur leeren Form, denn es ist seines Wesensgehalts beraubt worden. Da ein sachlicher Unterschied zwischen dem Verzicht auf das Grundrecht und dem Verzicht auf die Ausübung eines Grundrechts nicht besteht, ist diese Unterscheidung der herrschenden Lehre abzulehnen. Es kann sich "nur um einen Verzicht auf e i n z e l n e A r t e n (Formen) der Ausübung handeln"²³⁾. So kommt für einen Beamten ein Verzicht auf die Ausübung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung nur in einem ganz bestimmten Umfang, nur für eine gewisse Zeit und nur für einen genau bestimmten Zweck in Frage. Dieser Verzicht muß so eng wie möglich ausgelegt werden, denn je rechtsstaatlicher eine Rechtsordnung ist, desto stärker muß die Lehre vom Verzicht zurückgedrängt werden.

Ob dieser Verzicht auch bei dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung möglich ist, kann zweifelhaft sein. Zwar läßt Maunz²⁴⁾ einen Verzicht zu, aber nur, weil er das Grundrecht zu den sog. staatsgesetzten Grundrechten zählt; überstaatliche Grundrechte werden nach ihm auch durch den Eintritt in das Beamtenverhältnis nicht verzichtbar. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Ein Verzicht ist auch bei einem überstaatlichen Grundrecht möglich. So ist z.B. das Recht der Eltern auf die Pflege und Erziehung ihrer Kinder (Art. 6 II GG) zweifellos ein vorstaatliches Grundrecht. Trotzdem unterliegt es keinem Zweifel, daß die Eltern die Pflege und Erziehung ihrer Kinder in die Hand eines Dritten legen können. Ebenso stellt das Recht auf die Gründung einer Ehe ein vorstaatliches Grundrecht dar; gleichwohl kann der einzelne darauf verzichten (kath. Pfarrer!)²⁵⁾. Hinsichtlich eines Ver-

23) So v. Münch aaO. S. 27 und Dürig in AÖR 81 S. 152 ff.: Verzicht darf nicht zeitlich und gegenständlich absolut sein.

24) AaO. S. 114.

25) Vgl. OVG Koblenz im U.v. 19.4.1955 in DVBl. 1956 S. 27 und

zichts auf einzelne Formen der Ausübung des überstaatlichen Grundrechts der freien Meinungsäußerung bestehen daher keine Bedenken.

- bb) Keine Vereinbarkeit der Lehre von der freiwilligen Unterwerfung mit der Verfassung.

Bei der Erörterung der Frage der Vereinbarkeit der Lehre von der freiwilligen Unterwerfung mit der Verfassung muß besonders einem fundamentalen Grundsatz des Rechtsstaats größte Beachtung geschenkt werden, dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Legalitätsprinzip).

- a₁) Die Geltung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit im Beamtenverhältnis.

Die Rechtsstaatlichkeit erfordert eine formgerechte und präzise Fixierung der Rechte des Staates gegenüber dem Staatsbürger. Das GG spricht deshalb in den Artikeln 1 III und 20 III den Grundsatz von der "Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" aus²⁶⁾. Dieser Satz ist, was neuerdings Imboden²⁷⁾ mit besonderem Nachdruck überzeugend dargetan hat, eine der wesentlichsten Garantien des Rechtsstaatsprinzips. Hierdurch werden behördliche Eingriffe aller Art in die Individualsphäre des Bürgers nur dann zulässig, wenn und soweit sie durch ein förmliches Gesetz ausdrücklich gestattet sind. Auf der gleichen Linie liegt es, wenn manche der neueren Verfassungen ausdrücklich bestimmen, daß allgemeinverbindliche Anordnungen der Staatsgewalt, durch die Rechte oder Pflichten begründet werden, der Gesetzesform bedürfen (vgl. Art. 70 I Bayer. Verfassung; Art. 32 Nds. Verf.; Art. 58 Bad.-Württ. Verf.). So drückt die Hessische Verfassung den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in folgender Weise aus: niemand kann zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung gezwungen werden, wenn nicht ein Gesetz oder eine auf Gesetz

Henrichs in FamRZ 1956 S.175 zur Heiratserlaubnis kasernierter Polizeibeamter für einige Jahre.

26) Wenn Art. 20 III GG bestimmt, daß die vollziehende Gewalt

beruhende Bestimmung es verlangt oder zuläßt (Art. 2 II). Jeder Akt der öffentlichen Verwaltung, der dem Unterworfenen die Pflicht zu einem bestimmten Handeln, Dulden oder Unterlassen auferlegt, bedarf einer Ermächtigung durch das Parlament, denn nur die Legislative als eigentliche Volksvertretung kann im demokratischen Rechtsstaat die Freiheit des Staatsvolkes oder einzelner Angehöriger einschränken, da nur sie den allgemeinen Volkswillen verkörpert²⁸⁾. Die Executive ist nur Dienerin des souveränen Volkswillens bei dessen Ausführung; Rechte und Pflichten kann sie deshalb nicht festlegen.

Wenn Art. 20 III GG bestimmt, daß die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden ist, so bedeutet das, daß das Gesetz die Grundlage a l l e n staatlichen Handelns bilden muß. Kann auch in dem freiheitlichsten Staat von gewissen Einschränkungen der Freiheit nicht abgesehen werden, so liegt das wesentliche Kennzeichen des freien Staates gerade darin, daß diese unerläßlichen Einschränkungen der Freiheit nicht von der Willkür, etwa der eines Prinzips oder eines Führers oder einer sonstigen autoritären Staatsgewalt, geschaffen werden können, sondern daß Einschränkungen, der Freiheitsrechte nur durch ein Gesetz erfolgen dürfen. "In einem gesetzmäßig verwalteten Staat genießt der Bürger die Freiheit, auch wenn sie in der einen oder anderen Richtung beschränkt ist, deswegen, weil die Beschränkung und ihr Ausmaß nicht der Willkür irgendeiner Staatsgewalt überlassen, sondern gesetzmäßig festgelegt ist"²⁹⁾.

Auf Eingriffe in Grundrechte wird man im Interesse des Zusammenlebens der Mitmenschen nicht immer verzichten können, sie dürfen aber nur auf Grund eines Gesetzes erfolgen. Dieser Grundsatz ist unbestritten ein wesentlicher Bestandteil

an Gesetz und Recht gebunden ist, so ist hiermit eben der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gemeint.

27) In "Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung", Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel-Stuttg. 1954.

28) Vgl. Dahm aaO. S. 365 und Fleiner aaO. S. 131.

29) Wolff in JR 1950 S. 737.

unserer demokratischen Verfassungsordnung. Er gilt ausnahmslos, er gilt daher auch im Beamtenverhältnis.³⁰⁾

a₂) Ablehnung der Lehre vom sog. Vorbehalt des Gesetzes im Beamtenverhältnis.

Der Satz, daß der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch in das Beamtenverhältnis hineinreicht, ist jedoch nicht unbestritten³¹⁾. Es wird nämlich die Meinung vertreten, daß im Rahmen des besonderen Gewaltverhältnisses die Verwaltung ein eigenes Ordnungsrecht habe; die starre Rechtsatzgebundenheit des allgemeinen Gewaltverhältnisses sei dem besonderen Gewaltverhältnis nur hinderlich. Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes und der damit im engsten Zusammenhang stehende Grundsatz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die beide das moderne Staats- und Verwaltungsrecht beherrschen, gelten daher nur im allgemeinen Gewaltverhältnis, nicht aber im besonderen Gewaltverhältnis. Diese Lücke des Rechtsstaats müsse hingenommen werden, um der Verwaltung die im besonderen Gewaltverhältnis nötige Elastizität zu sichern³²⁾.

Diese Argumentation, wonach Einschränkungen von Grundrechten im Beamtenverhältnis keiner Gesetzesform bedürfen, ist heute nicht mehr haltbar. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung muß auch im Beamtenverhältnis Anwendung finden. Der Lehre vom sog. Vorbehalt des Gesetzes kann heute keine Beachtung mehr geschenkt werden, denn die Grundlagen, die zum Ausbau dieser Lehre geführt haben, sind weggefallen, wie ein geschichtlicher Rückblick zeigt.

Die von Laband³³⁾ entwickelte Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis des Beamten, die vom Staats- und Beamtenrecht der Monarchie ausging, wurde besonders von Otto Mayer³⁴⁾ ausge-

30) Allerdings wird die mangelnde Geltung des Satzes von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung z.T. auch heute noch behauptet; vgl. Forsthoff aaO. S.114. Dagegen bes. Bachof in DÖV 1953 S.422; ferner Thieme in "Deutsches Hochschulrecht" aaO.S.305.

31) Vgl.v.Mangoldt aaO. S.37.

baut. In der Folgezeit wurde von der Rechtswissenschaft die rechtliche Besonderheit des Beamtenverhältnisses, soweit sie nicht bei der Lehre von den besonderen Gewaltverhältnissen erörtert worden ist, vorwiegend im Zusammenhang mit der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes herausgestellt. So hatte Otto Mayer formuliert, daß "die Rechtssätze insgesamt, welche für gewisse Staatswillensakte die Gesetzesform fordern", den Vorbehalt des Gesetzes umschreiben³⁵⁾. Im Rechtsleben der deutschen konstitutionellen Monarchie des 19. Jahrhunderts grenzte der "Vorbehalt des Gesetzes" die Zuständigkeiten von Krone und parlamentarischer Legislative ab; er hatte seinen besonderen Sinn aus der ihm entgegengesetzten "monarchischen Prärogative" und deren "hereditären Kompetenzen"³⁶⁾. Als "Rechtssätze" verstand die damals herrschende Lehre aber nur die Anordnungen im allgemeinen Gewaltverhältnis. Die Eingriffe in Freiheit und Eigentum auf Grund eines besonderen Gewaltverhältnisses wurden dagegen nicht vom Vorbehalt des Gesetzes erfaßt; die Regelung dieser Fragen gehörte überhaupt nicht zur Zuständigkeit des Landtags. "Das ganze Gebiet der Verwaltungsverordnungen hatten somit die Regierungen ihrer Verordnungsgewalt gerettet", wie Thoma³⁷⁾ richtig herausstellte. Nach dem Zusammenbruch der Monarchie im Jahre 1918 und der Einführung der demokratischen Republik übernahmen Rechtslehre und Rechtspraxis zwar auch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung; er blieb jedoch unverändert auf das allgemeine Gewaltverhältnis beschränkt.

32) Vgl. Thoma in HdbDStR II S.22 ff.; W.Jellinek aaO.S.122.

33) AaO. S.434.

34) "Deutsches Verwaltungsrecht" aaO. Bd.I S.101; II S.284.

35) AaO. Bd.I S.72. Heute wird der Begriff in einem anderen Sinne gebraucht; vgl. C II 1b dieser Arbeit.

36) Köttgen in "Deutsche Verwaltung" S.29 u.Köhl in ZBR 1957 S.121.

37) In "Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht", Tübingen 1916, S.177/78.

Eingriffe in die Rechtssphäre der einzelnen Beamten über die erlassenen Beamtengesetze hinaus blieben ausschließlich Sache der Verwaltung und bedurften keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung³⁸⁾.

Diese Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes läßt sich aber nicht in die durch das Grundgesetz geschaffene staatliche Ordnung übertragen. Wenn früher der Satz, daß Eingriffe in Leben und Freiheit grundsätzlich nur im Wege des Gesetzes zugelassen sind, auf dem Gebiete der Rechtsprechung galt, dagegen auf dem Gebiete der Verwaltung von einer geradezu "gesetzesfreien Tätigkeit", gesprochen werden konnte^{38a)}, stehen heute der Verwaltung keine vom Gesetz unabhängige Eingriffsmöglichkeiten mehr zu. Jetzt gilt allgemein der Grundsatz, "daß jede staatliche Kompetenz sich irgendwie auf ein Gesetz stützen müsse"³⁹⁾.

Mit dem Wegfall des Monarchen als ursprünglichen "Rechtsträger" und der nunmehrigen Alleinzuständigkeit des Parlaments ist der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes im Beamtenverhältnis ihr juristisch wesentlichstes Kennzeichen, die vom Monarchen übertragene Zuständigkeit der Verwaltung zur Regelung dieses Rechtsverhältnisses unter Ausschluß der Gesetzgebung, genommen worden.⁴⁰⁾

a₃) Freiwilliger Eintritt ersetzt nicht das Gesetz.

Es ist schon eingehend ausgeführt worden, daß nach rechtsstaatlichen Grundsätzen Eingriffe in die Freiheitsrechte einer Person einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfen. "Die Beamtenernennung bedeutet einen Eingriff in die

38) Vgl. Köttgen in Nipperdey I aaO S.354.

38a) Herrnritt: "Grundlehren des Verwaltungsrechts" Tübingen 1928, S.28

39) Köttgen in "Deutsche Verwaltung" aaO.S.29, vgl. auch Maunz aaO. S.109: Grundrechte können nicht mehr durch Notverordnungen der Regierung aufgehoben oder eingeschränkt werden, sondern höchstens noch durch Gesetz.

40) Vgl. Maunz aaO.S.108; Köttgen in Nipperdey I S.355 und bes. Köhl: Die Rechtskonstruktion vom Vorbehalt des Gesetzes ist überholt.

persönliche Freiheit, da sie Pflichten auferlegt, aber sie ermangelt einer normativen Grundlage: kein Gesetz statuiert die Pflicht, Beamter zu werden", wie Forsthoff⁴¹⁾ meint. Die bisherigen Ausführungen haben weiterhin aufgezeigt, daß die noch herrschende Lehre diesen Mangel mit dem Legalitätsprinzip dadurch in Einklang zu bringen versucht, daß sie die mangelnde gesetzliche Gestattung durch die Zustimmung des Betroffenen zur Beschränkung seiner persönlichen Freiheit ersetzt.

Gegen diese Begründung, die an die Stelle des Gesetzes ein freiwilliges Handeln setzt, bestehen erhebliche Bedenken. Werner⁴²⁾ bemerkt zu dieser Frage: "Das Verhältnis von Grundrechtsordnung und öffentlich-rechtlichen Statusverhältnissen ist ausgesprochen unklar. Zwischen der allgemeinen bürgerlichen Freiheit, deren Ausdruck die Grundrechte sind, und einem Statusverhältnis besteht ein Spannungsverhältnis, das man jedenfalls nicht damit meistert, daß man die Theorie des besonderen Gewaltverhältnisses übernimmt und aus einer etwaigen Freiwilligkeit, mit der diese Rechtsbeziehung begründet worden ist, einen Grundrechtsverzicht herleitet". Mit dieser bloßen Feststellung läßt es Werner allerdings bewenden.

Unsere Rechtsordnung kennt zwei Gruppen von besonderen Gewaltverhältnissen: die unfreiwilligen und die freiwillig begründeten besonderen Gewaltverhältnisse. Ein unfreiwilliges besonderes Gewaltverhältnis ist u.a. das Verhältnis des Strafgefangenen; ein freiwilliges besonderes Gewaltverhältnis u.a. das Beamtenverhältnis und das Berufssoldatenverhältnis. Für die Frage, wann die Einschränkung in Gesetzesform und wann sie in anderen Formen ausgefüllt wird, unterscheidet die herrschende Lehre deutlich zwischen diesen beiden Gruppen. Bei den unfreiwilligen besonderen Gewaltverhältnissen muß nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (vgl. Art. 20 Abs. III GG) die Einschränkung stets in Gestalt eines Gesetzes

41) AaO. S. 195.

42) In JZ 1954 S. 560 ff.

43) Er meint damit die bes. Gewaltverhältnisse des öffentlichen Rechts.

ausgefüllt sein. In dieser Frage herrscht Einhelligkeit. Dagegen besteht über die andere Frage, ob dieses Gesetz auch den materiellen und formellen Anforderungen des Art. 19 I und II sowie Art. 98 II BayVerf. entsprechen muß, im Schrifttum Streit. Auf diese Problematik braucht hier nicht näher eingegangen zu werden⁴⁴⁾.

Die sich aus den freiwillig begründeten besonderen Gewaltverhältnissen ergebenden Einschränkungen der Grundrechte dagegen sollen bei Fehlen einer gesetzlichen Ausfüllung dadurch gerechtfertigt erscheinen, daß die Einwilligung des freiwillig Eintretenden die Gesetzesform entbehrlich macht. Erhebliche Zweifel gegen diese Auffassung wurden besonders von Herbert Krüger⁴⁵⁾ auf der Staatsrechtslehrertagung 1956 geltend gemacht. Er führte aus, daß die Konstituierung eines besonderen Gewaltverhältnisses in einem Verfassungsstaat immer an bestimmte formelle Voraussetzungen gebunden sei. Verfassungsrechtliche Mängel, die der besonderen Gewalt von ihrer Entstehung her anhaften, könnten durch die Einwilligung der Betroffenen nicht behoben werden. Insbesondere gelange man hierdurch nicht in Übereinstimmung mit dem Grundsatz, daß alle Gewalt vom Volk ausgehen müsse. Wenn es nach der bisherigen Lehre offenbar die Einwilligung sei, die nicht nur die Unterworfenheit, sondern die unterwerfende Gewalt selbst konstituieren und demokratisch legitimieren soll, so sei diese Variation des Themas "alle Gewalt geht vom Volke aus" nicht ohne weiteres geeignet, jegliches Bedenken, das offenbar auch Forsthoff⁴⁶⁾ hat, wenn er von einer vielfach gewagten Überdehnung des Satzes *volenti non fit iniuria* spricht, zu zerstreuen⁴⁷⁾. Im Grundsatz könne nur die Allgemeinheit Gewalt

44) Vgl. hierzu Wernicke in BK Anm.zu Art.19 GG.

45) In VVDStRL 15 S.122 ff.; beachte bes. Leitsatz 9 und 13.

46) AaO. S.432.

47) Die Antwort auf die Frage, woher stammt die Gewalt des besonderen Gewaltverhältnisses, ist für die Demokratie in der Wendung zu erblicken, daß alle Gewalt vom Volke ausgeht. Wie die Erörterung über die Herkunft der Gewalt supranationaler Organisationen, insb. der Montanunion, gezeigt hat, ist die Argumentation der Theorie immer noch eine

konstituieren. Herbert Krüger führte dann weiterhin aus: Wenn man die Unterwerfung an sich betrachte, so gehe es hierbei immer um eine Verfügung über öffentliche Angelegenheiten und ebensolche Rechte, insbesondere Grundrechte, eine Verfügung, die von einem Privatmann getroffen werde, der zu diesem Behufe nicht einmal vorweg einen öffentlichen Status bezogen habe. Daß dies alles sehr praktikabel sei, ja gerade unumgänglich, ändere nichts an der Notwendigkeit zu einer konstruktiven Rechtfertigung derartiger Vorgänge. Herbert Krüger trifft damit im Prinzip das Wesentliche. Der einzelne kann nicht über die Legitimierung und Begründung öffentlicher Gewalt verfügen. Die verfassungsrechtlichen Bedenken werden durch seine Einwilligung nicht behoben⁴⁸⁾. So hat das Reichsgericht⁴⁹⁾ schon einmal gesagt: ein nicht erfolgter staatlicher Hoheitsakt kann niemals durch das Anerkenntnis eines Bürgers ersetzt werden.

Wer als Beamter in den öffentlichen Dienst eintritt, unterwirft sich damit einer besonderen Dienstgewalt des Staates. Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß Rechtslehre und Rechtspraxis auf diesen Fall den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht anwenden wollen; der Titel für die besondere, außerhalb des Gesetzes stehende Gewalt des Dienstherrn bestehe in der Selbstunterwerfung. Aber auch für die Ausübung dieser besonderen Gewalt muß das Gesetz die Grundlage bilden, "denn mit der Alternative Gesetz oder Einwilligung kommt nur das Zivilrecht aus, das den Vertrag als Rechtserzeugungstatbestand ausdrücklich normiert hat, nicht aber das Verwaltungsrecht"⁵⁰⁾, das einen allgemeinen Rechts-

andere: nach wie vor deduziert man kurzerhand aus dem gegebenen Zweck die Gewalt als Mittel. Ist daher die Institution gesetzt, dann müssen nach dieser Auffassung auch die Mittel vorhanden sein, ohne die sie nicht bestehen und wirken kann.

48) Vgl. Ipsen in VVDStRL 15 S.200 und Wacke in VVDStRL 15 S.207.

49) In RGZ 125 S.227.

50) Thieme in DÖV 1956 S.523. Die Rechtsform des Vertrages ist zwar auch im Verwaltungsrecht heute durchaus heimisch. Aber durchweg gilt noch, daß es sich beim öffentlich-rechtlichen Vertrag um eine Rechtsfigur handelt, die der Rege-

satz, daß der Wille des einzelnen das Gesetz ersetzen kann, nicht kennt. Daher reicht es nicht aus, daß der einzelne anstelle des Gesetzes dem gegen ihn gerichteten hoheitlichen Handeln zustimmt. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als fundamentaler Grundsatz des Rechtsstaats verlangt auch hier eine konsequente Durchführung und Anerkennung⁵¹⁾.

Thieme⁵²⁾ kommt zu einem anderen Ergebnis. Nach ihm kann an die Stelle des Gesetzes die Einwilligung treten, denn der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung muß teleologisch ausgelegt werden. Er führt dazu folgendes aus: Die Einschaltung des formellen Gesetzgebers, die der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verlangt, bedeutet die Einschaltung der Willen aller, die in der Wahl zum Parlament dieses ermächtigen, Gesetze mit Zwangswirkung zu erlassen. Dieser demokratische Mechanismus der Willensableitung vom Wähler über das Parlament zur Verwaltung ist aber bei weitem nicht so einwandfrei wie die individuell erklärte Einwilligung anläßlich des Eintritts in das besondere Gewaltverhältnis. Das gilt insbesondere, wenn man bedenkt, in welchem Maße die nur beschränkte Zahl von erfolgreichen Parteien, die Wahlpropaganda, die freie an den Willen der Wähler nicht gebundene Entscheidung der Abgeordneten, die Majorisierung und Kompromisse beim Gesetzgebungsakt selbst den wirklichen Willen der Wähler zu verfälschen imstande sind und auch oft genug tatsächlich verfälschen. Wird man das inne, daß unser Wahlrecht und unser Parlamentarismus - bei aller Bejahung ihrer positiven Gehalte, ja ihrer Notwendigkeit - ein höchst mangelhaftes Instrument ist, so wird sich unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaats kein begründetes Bedenken dagegen geltend machen

lung des Verhältnisses von Partnern dient, die auf gleicher Ebene stehen, also um einen Tatbestand, der von der Begründung eines besonderen Gewaltverhältnisses höchst verschieden ist.

- 51) Bedenklich Dürig in AÖR 81 S.152, der die Relevanz des Einverständnisses aus Art. 1 I GG ableitet: wenn man, wie es geboten ist, alle Grundrechtsfragen von Art.1 I GG her ableitet, vor allem aus der darin enthaltenen persönlichen Freiheit, so muß man rechtlich auch jene individuelle Frei-

lassen, daß die auf Grund echter Freiwilligkeit erfolgte Unterwerfung geeignet ist, den Gesetzgeber zu ersetzen. Aus diesen Gründen kommt Thieme zu einer Modifizierung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für das besondere Gewaltverhältnis. Diese Modifizierung soll allerdings nur unter zwei Voraussetzungen gelten: a) die Unterwerfung muß auf einer echten Freiwilligkeit beruhen; eine Unterwerfung zu fingieren, wie es die ältere Lehre⁵³⁾ ausnahmslos tat, ist keineswegs zulässig. b) die Freiwilligkeit kann überall dort nicht an die Stelle des Gesetzes treten, wo eine Einwilligung vom Gesetz nicht gebilligt wird.

Diese Argumentation von Thieme hat viel für sich. Eine Parallele aus dem Strafrecht soll dazu angeführt werden. Der Tatbestand einer Körperverletzung ist dann nicht verwirklicht, wenn der Verletzte in die Körperverletzung eingewilligt hat. Der einzelne kann über sein körperliches Wohlbefinden entscheiden; die Körperverletzung ist nicht rechtswidrig, d.h. die Einwilligung stellt einen Rechtfertigungsgrund dar. Auf ähnliche Weise könnte man auch die Einschränkung von Grundrechten im besonderen Gewaltverhältnis durch die Einwilligung als gerechtfertigt ansehen. Die Grundrechte sind in erster Linie für den einzelnen geschaffen, sie existieren und sind garantiert um seines Schutzes wegen. Die Grundrechte müssen daher auch in seiner Verfügungsgewalt stehen.

Trotzdem kann man der Auffassung von Thieme nicht folgen. Abgesehen von der gefährlichen Konstruktion und Begründung, daß die individuell erklärte Einwilligung echter, wirklichkeitsnäher und deshalb dem Gesetz vorzuziehen sei, wirft die von Thieme selbst gemachte Einschränkung, daß eine Freiwilligkeit dann nicht als Rechtfertigungsgrund dienen kann, wenn die Einwilligung vom Gesetz nicht gebilligt wird, eine kritische Frage auf, die an der Überzeugungskraft seiner Kon-

heit anerkennen, von bestimmten Erscheinungsformen der Freiheit keinen Gebrauch machen zu wollen.

52) In DÖV 1956 S.523 ff.

53) Vgl. W.Jellinek aaO. S.122.

zeption erhebliche Zweifel hervorruft. Welches Gesetz meint er damit? Gehört die Verfassung mit ihrem elementaren Grundsatz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht dazu? Wenn ein Vergleich aus dem Strafrecht (Öffentliches Recht!) gebracht worden ist, so muß doch herausgestellt werden, daß der Gesetzgeber hier die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund ausdrücklich im Gesetz (§ 226a StGB) genannt hat.⁵⁴⁾

3.) Die Treuepflicht als verfassungsrechtliche Begründung für die Zulässigkeit der Einschränkung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung.

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß in der Rechtslehre und in der Rechtspraxis für die verfassungsrechtliche Lösung des Problems der Einschränkung von Grundrechten des im Beamtenverhältnis stehenden Staatsbürgers verschiedene Begründungen gebracht werden. Bei der Lösung dieses Problems kann aber nur von der Verfassung selbst ausgegangen werden, denn nur sie allein garantiert die Grundrechte und legt ihre Schranken fest.

Das GG spricht zwar weder von einem allgemeinen Gewaltverhältnis noch von einem besonderen Gewaltverhältnis als solchen, es hat aber eine Reihe von besonderen Gewaltverhältnissen "institutionalisiert" und zwar außer dem sog. Grundrecht der deutschen Hochschulen im Art. 5 III GG, dem Schulverhältnis in Art. 7 GG, dem Wehr- und Ersatzdienstverhältnis in Art. 17a GG auch das Berufsbeamtentum in den Art. 33 Abs. IV und V und 137 GG. Das GG hat damit das Berufsbeamtent-

54) Die These der h.L., daß in der Erklärung des Eintritts in das Beamtenverhältnis ein Verzicht auf die Ausübung bestimmter Grundrechte liegt, geht m.E. von einer Fiktion aus. Der Staatsbürger, der seinen Eintritt erklärt, weiß doch gar nicht, welchen Einschränkungen seiner Rechte er unterliegt. Er verzichtet auf etwas, wovon er nur vielleicht eine Ahnung, auf keinen Fall aber eine konkrete Vorstellung hat. Vgl. auch die ständige Rechtsprechung der Strafgerichte zur Aufklärungspflicht des Arztes bei operativen Eingriffen. Nach dieser Rechtsprechung ist eine Einwilligung nur dann rechtlich bedeutsam, wenn dem Patienten auch

tum als Institution anerkannt. Von allen institutionalisierten besonderen Gewaltverhältnissen ist es neben dem Wehr- und Ersatzdienstverhältnis am stärksten ausgeprägt.

Durch die institutionelle Garantierung im Art. 33 IV und V GG sind die Einrichtung des Berufsbeamtentums als solche und die für ihre Aufrechterhaltung unabdingbaren Normen, die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, bundesverfassungsrechtlich geschützt.¹⁾ Trotz der Fassung des Art. 33 Abs. V GG "zu regeln" enthält diese Vorschrift nicht nur eine Anweisung an den Gesetzgeber, sondern unmittelbar gelten des Recht²⁾. Somit sind auch die hergebrachten Grundsätze, wenn auch vom Verfassungsgesetzgeber nicht konkretisiert, unmittelbar geltendes Recht.

Art. 33 IV und V GG stellen die verfassungsrechtliche Verankerung der beamtenrechtlichen Grundsätze dar. Nur durch sie kann daher der Weg für eine verfassungsrechtlich zulässige Einschränkung von Grundrechten des Beamten aufgezeigt werden.

Es ist schon herausgestellt worden, daß das GG für ein besonderes Gewaltverhältnis, nämlich das Wehr- und Ersatzdienstverhältnis, eine genaue Regelung zu der Frage der Einschränkung von Grundrechten getroffen hat. Nur für drei genau bezeichnete Grundrechte läßt Art. 17a GG eine Einschränkung zu.

Nicht mit der gleichen Eindeutigkeit läßt sich die Einschränkung von Grundrechten durch das Beamtenverhältnis festlegen, weil ein dem Art. 17a GG ähnlicher Artikel für das Beamtenverhältnis nicht fixiert ist. Zuweit dürfte Ule³⁾ gehen, wenn er unter Hinweis auf die Regelung des Petitionsrechts

wirklich bewußt ist, w o r i n er einwilligt. Auch ist die Freiwilligkeit des Eintritts nicht mit der Freiwilligkeit von Grundrechtseinschränkungen identisch.

- 1) Vgl. Heyland in DÖV 1951 S.466 und E. des BuVerfG v.17.12.1953 in BuVerfGE Bd.3 S.58 ff (137).
- 2) So BGHZ 2 S.276; Bd.9 S.325 ff.; offenbar auch BuVerfG in BuVerfGE 4 S.296 ff. A.A. Bachof in DÖV 1951 S.479 und Kern in DÖV 1953 S.108.
- 3) In VVDStRL 15 S.144.

für Soldaten in Art. 17a GG den Schluß zieht, daß eine gesetzliche oder verwaltungsmäßige Beschränkung des Petitionsrechts für andere besondere Gewaltverhältnisse verfassungsrechtlich unzulässig wäre. Die gleiche Folgerung müßte er dann zumindest auch für das Grundrecht der freien Meinungsäußerung ziehen.

Für das Beamtenverhältnis kann die Frage der verfassungsrechtlich zulässigen Einschränkung von Grundrechten nur aus der Verfassung selbst entwickelt und geklärt werden. Hierbei ist von Art. 33 V GG auszugehen. Wie schon erwähnt, gebietet Art. 33 V GG die Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze. Diese Anknüpfung an die hergebrachten Grundsätze bedeutet, daß nicht nur die Rechte der Beamten entsprechend zu gestalten sind, sondern auch ihre grundrechtseinschränkenden Pflichten⁴⁾, denn der Begriff der hergebrachten Grundsätze umfaßt sowohl die Rechte als auch die Pflichten, da nur sie beide den Begriff und Inhalt des Beamtenverhältnisses ausmachen. Zu den hergebrachten Grundsätzen des Beamten gehört, da sein Verhältnis von Grundgesetz wegen ein öffentlich-rechtliches Treueverhältnis ist (vgl. Art. 33 IV GG), die Treuepflicht gegenüber seinem Dienstherrn⁵⁾. Daraus, und nicht aus der besonderen Natur des besonderen Gewaltverhältnisses an sich - ein solches gibt es überhaupt nicht; dieser von der Theorie geprägte Begriff ist rechtlich viel zu verschiedenartig fundiert, als daß aus ihm sich allgemeine Grundsätze über die Schranken der Grundrechte ableiten lassen - ergibt sich die Verfassungsmäßigkeit der grundrechtseinschränkenden Pflichten. Nicht das besondere Gewaltverhältnis, sondern die Treuepflicht, welche in der dem Beamtenverhältnis eigentümlichen Aufgabe fundiert ist, bildet die Grundlage für die Einschränkung dieses oder jenes Grundrechts. Für den Beamten gibt es keine Berufung auf das

4) Zweifel bei Hildegard Krüger in ZBR 1956 S.310.

5) Gegen die Bezeichnung Dienstherr hat sich Gerber schon in AöR NF 18 S.61 ff. und neuerdings wieder in DÖV 1951 S.472 gewandt: die Anstellungsbehörde ist kein Dienstherr, sondern nur Kurationsorgan für ein anderes Organ; der Staat kann als Dienstherr nicht in Frage kommen, da der Beamte sein Organ ist.

Grundrecht der freien Meinungsäußerung wegen der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit. Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung gewährt keinen Freibrief für ein Verhalten, das mit der Treuepflicht in einem unlöslichen Widerspruch steht. Da die Amtsverschwiegenheit auch Amtsträgern auferlegt ist, die nicht in einem besonderen Gewaltverhältnis stehen, aber die gleiche öffentliche Aufgabe zu erfüllen haben, wie z.B. die Schöffen und die Angestellten, so ist das ein Beweis dafür, daß die Amtsverschwiegenheit nicht aus dem besonderen Gewaltverhältnis, sondern aus der Natur der dem Beamten übertragenen amtlichen Aufgabe folgt. Ein hergebrachter Grundsatz des Beamtenrechts ist auch, daß der Beamte bei seiner politischen Betätigung diejenige Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren hat, die sich aus seiner Stellung gegenüber der Gesamtheit und aus Rücksicht auf die Pflichten seines Amtes ergeben⁶⁾. Dieser Grundsatz, der schon in der Entscheidung des preussischen Staatsministeriums vom 24.11.1925 (Preuß.VBl. 1926 S.481) sodann in der DVO zum BBG zu § 3 (Bundesfassung v. 28.10.1950, BGBl.I S.734) und neuerdings in § 53 BBG vom 18.9.1957 zum Ausdruck kommt, verwehrt es dem Beamten, von dem Recht der freien Meinungsäußerung einen gleichweiten Gebrauch zu machen, wie er den Staatsbürgern gestattet ist, die nicht unter dem Zwang der im öffentlichen Interesse unerlässlichen Disziplin stehen. Nur aus der besonderen Treuepflicht des Beamten, nicht aus dem besonderen Gewaltverhältnis, ist eine Einschränkung der politischen Betätigung zu erklären, denn diese Einschränkung betrifft nicht nur den Beamten, sondern auch den Staatsangestellten, der in keinem besonderen Gewaltverhältnis steht, dem aber auch die Treuepflicht obliegt⁷⁾.

Aus der Treuepflicht ergibt sich für den Beamten die Einschränkung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung. Ver-

6) Vgl. E. des BuVerwG vom 18.12.1953 in DÖV 1954 S.470 ff. und E. des BuVerwG vom 10.12.1954 in RiA 1955 S.92 ff.

7) Vgl. Wacke in VVDStRL 13 S.172: die Tarifordnung legt sie den Angestellten mit den gleichen Worten auf wie das Gesetz den Beamten.

langt der Staat schon von seinen im allgemeinen Gewaltverhältnis stehenden Bürgern, daß sie die ihnen gewährten staatsbürgerlichen Grundrechte nicht gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung mißbrauchen - Art.18 GG -, so kann er von dem ihm in besonderer Treue verbundenen Beamten erst recht erwarten, daß sie einige ihrer staatsbürgerlichen Grundrechte mit Zurückhaltung ausüben und sich positiv zu einer Grundordnung bekennen⁸⁾. Auf einen Verzicht w i l l e n kann es aber dann nicht ankommen. Daher bedarf es auch für den Beamten nicht der Konstruktion, daß in der Erklärung des Eintritts in das Beamtenverhältnis ein stillschweigender Verzicht auf die Ausübung gewisser Grundrechte liegt.⁹⁾ Rechtspolitisch wird es aber trotzdem zweckmäßig sein, eine dem Art. 17a GG ähnliche Vorschrift für das Beamtenverhältnis in den Grundrechtskatalog einzufügen, da sich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Schranken für den Beamten nur aus einer indirekten Interpretation einer Verfassungsbestimmung (Art.33 V GG) ergibt, die selbst in ihrer Geltung als unmittelbar geltendes Recht auf Grund der Wendung "zu regeln" von namhaften Rechtsgelehrten¹⁰⁾ bestritten wird. Selbst wenn man die Treuepflicht ausdrücklich in der Verfassung erwähnt hätte, würde eine genaue Aufzählung der Grundrechtsschranken, die sich aus der Treuepflicht ergeben, sinnvoll sein, da "der Begriff der Treuepflicht selbst keinen erkennbaren juristischen Inhalt hat. Die Treue als eine innere Gesinnung läßt sich nur schlecht normieren"¹¹⁾. Es ist daher besser, auf den Begriff der Treuepflicht als solchen zu verzichten und die Treue nur insoweit zum Gegenstand einer Rechtspflicht zu machen, als sie in der Anordnung eines bestimmten äußeren Verhaltens (z.B. durch das Beamtenverhältnis wird das Grundrecht der freien Meinungsäußerung eingeschränkt) zum Ausdruck kommt.

8) Vgl. auch Hildegard Krüger in ZBR 1956 S.310.

9) Vgl. auch BuVerwG im U.v.24.10.1958 in NJW 1959 S.498: der Immatrikulationsbewerber unterliegt einem indirekten Benutzungszwang, so daß das mit der Benutzung verbundene besondere Gewaltverhältnis keine freiwillige Unterwerfung

Die Einfügung eines die Grundrechtsschranken des Beamten nennenden Artikels ist auch schon aus dem Grunde keine überflüssige Formalität, weil der Grundsatz der Rechtssicherheit, der ein Wesensmerkmal der Rechtsstaatlichkeit ist, eine genaue und unmißverständliche Fixierung der Rechte und Schranken jedes einzelnen Staatsbürgers und damit auch des Beamten erfordert.¹²⁾

und damit auch keinen freiwilligen Verzicht auf die Ausübung von Grundrechten, sondern eine mit der Erreichung des gewählten Berufszieles verbundene unausweichbare Folge darstellt.

10) Bachof in DÖV 1951 S. 479 und Kern in DÖV 1953 S.108.

11) Merkl in VVDStRL 7 S.55 ff.(90).

12) Einleuchtend auch die Begründung von v.Münch(aaO.S.35 ff.) für die Zulässigkeit der Einschränkung von Grundrechten durch das Beamtenverhältnis. Er argumentiert etwa folgend: Mit der Institutionalisierung hat der Verfassungsgesetzgeber zu erkennen gegeben, daß er das Berufsbeamtentum und damit die Aufrechterhaltung der Beamtenverhältnisse als einen notwendigen Bestandteil unserer staatlichen Existenz erachtet. Diese Institutionalisierung kann aber nur den Sinn haben, daß ein Beamtenverhältnis gewährleistet wird, das auch funktionsfähig ist. Verlangt nun dieses "Funktionieren" von dem Beamten ein Handeln, das sich als eine Grundrechtseinschränkung erweist, so muß sich das Funktionieren des Beamtenverhältnisses als stärker erweisen, denn die Existenz des Staates muß den Grundrechten vorgehen (vgl. auch Kalisch in AÖR 1952/53 S.345:.... sein ungestörtes Funktionieren ein Stück unseres Verfassungslebens). Nicht zugestimmt werden kann allerdings der weiteren Argumentation, daß die durch das Funktionieren des Beamtenverhältnisses bedingten Grundrechtseinschränkungen keiner besonderen Normierung im GG bedürften, denn die positivrechtliche Normierung liege in der das Beamtenverhältnis institutionalisierenden Norm selbst. Die aus dem Funktionieren des Beamtenverhältnisses sich ergebenden Grundrechtseinschränkungen müssen nämlich, um juristisch erfaßbar zu sein, ausdrücklich normiert sein: sie können in einem Rechtsstaat aus den Notwendigkeiten des Dienstes (= Funktionieren) allein nicht gefolgert werden. Diese "immanenten Grundrechtsschranken" bilden zwar allein die innere Rechtfertigung für alle Eingriffe in die Individualsphäre, sie geben aber keine Befreiung von den rechtsstaatlichen Bindungen, insbesondere dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

4.) Die Einschränkung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung durch die Beamtengesetze.

Die aufgezeigte Lösung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zur Einschränkung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung im Beamtenverhältnis ist zwar von erheblicher rechtstheoretischer Bedeutung, in praktischer Hinsicht kommt ihr aber nicht die gleiche Bedeutung zu, da dieses Grundrecht durch "allgemeine Gesetze", zu denen das Bundesbeamtengesetz gehört¹³⁾, eingeschränkt werden kann¹⁴⁾. Neben der Treuepflicht wird damit für das Grundrecht der freien Meinungsäußerung eine Einschränkung auch durch die Beamtengesetze (Bundesbeamtengesetz für die Bundesbeamten, Beamtengesetze der Länder) begründet.

a) Die einzelnen Vorschriften der Beamtengesetze.

Die Beamtengesetze sehen in einigen Vorschriften die wichtigsten für das Beamtenverhältnis erforderlichen Einschränkungenmöglichkeiten des Grundrechts der freien Meinungsäußerung vor. So hat der Beamte nach § 53 BBG bei seiner politischen Betätigung diejenige Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren, die sich aus seiner Stellung gegenüber der Gesamtheit und aus der Rücksicht auf die Pflichten seines Amtes ergeben. Nach § 52 BBG muß der Beamte seine Aufgaben unparteiisch und gerecht erfüllen. Innerhalb und außerhalb des Dienstes muß sein Verhalten der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden, die sein Amt erfordert, wie § 54 BBG sagt. In § 61 BBG schließlich wird dem Beamten die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit auferlegt. Ähnlich lauten die Vorschriften im Bayerischen Beamtengesetz (vgl. Art. 14 II, Art. 15 I, Art. 19, Art. 20, Art. 23 BayBG vom 28.10.1946).

13) Vgl. U. des BuVerwG vom 18.12.1953 in BuVerwGE 1 S. 57 ff.; Maunz aaO. S. 100; v. Mangoldt-Klein aaO. Anm. 1 Abschnitt IX zu Art. 5; Hamann aaO. Anm. 10 zu Art. 5 GG; W. Jellinek, aaO. S. 370.

14) Für eine Lösung des Problems genügt ein Hinweis auf die Schranke der "allgemeinen Gesetze" des Art. 5 II GG allein nicht; vgl. bes. die Begründung von v. Münch aaO. S. 41/42.

b) Vereinbarkeit der Vorschriften der Beamten-
gesetze mit der Verfassung.

a₁) Kein Verstoß der Vorschriften des Bundesbeamten-
gesetzes gegen den Grundsatz des Art. 19 I 2 GG.

Da die Beamtengesetze zu den "allgemeinen Gesetzen"¹⁵⁾ im Sinn des Art. 5 II GG gehören, ergeben sich wegen der Legitimität der einzelnen Vorschriften keine Bedenken. Zweifel an der Gültigkeit dieser Vorschriften (§§ 52 - 55, 61 BBG) bestehen jedoch insoweit, als durch diese Bestimmungen das Grundrecht der freien Meinungsäußerung eingeschränkt wird, aber nicht der durch die Bestimmung eingeschränkte Grundrechtsartikel gem. Art. 19 I 2 GG genannt wird. Da Art. 19 Abs. I 2 eine Mußvorschrift ist, wären diese Bestimmungen nichtig.

Es ist allgemein anerkannt¹⁶⁾, daß die Bestimmung des Art. 19 I 2 GG sich nur auf nachkonstitutionelles Recht, d.h. auf nach dem Inkrafttreten¹⁷⁾ des GG ergangene Gesetze bezieht. Diese Vorschrift konnte bei allen vor Erlaß des GG in Kraft getretenen Normen mit Eingriffsermächtigungen gar nicht erfüllt werden und es ging auch nicht an, alle vorkonstitutionellen Grundrechtseinschränkungen wegen Verstoßes gegen Art. 19 I 2 GG als nichtig anzusehen¹⁸⁾. Ob ein vorkonstitutionelles Gesetz durch Neuverkündung nach dem Inkrafttreten des GG zu einem nachkonstitutionellen wird, ist zweifelhaft. Es ist auf jeden Fall dann anzunehmen, wenn der Gesetzgeber nicht nur der Regierung eine Ermächtigung zur Neubekanntmachung des Gesetzestextes erteilt¹⁹⁾, sondern die Neubekanntmachung selbst vorgenommen hat, indem er etwa den neuen Gesetzestext als Anlage einem nachkonstitutionellen Gesetz beigelegt hat, wie dies im Rechtsvereinheitlichungsgesetz mit ZPO, StPO und GVG

15) Vgl. Anm.13; zum früheren Recht: Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, aaO. Anm. 3 und 4 zu Art. 118 WRV.

16) Vgl. v. Mangoldt-Klein, aaO. S. 541 ff.; Pohle in MDR 1950 S. 645; BuVerfG in BuVerfGE 2 S. 121: nur auf künftige Rechtsetzung; BGH in BGHZ 5 S. 54.

17) Nach dem 23.5.1949, so BuVerfG in BuVerfGE 2 S. 258.

geschehen ist²⁰⁾. Der nachkonstitutionelle Gesetzgeber hat sich hierdurch diese Gesetze in vollem Umfang zu eigen gemacht²¹⁾. Er hätte eigentlich die Bestimmung des Art. 19 I 2 GG beachten müssen, da die eben erwähnten Prozeßgesetze eine Reihe von Grundrechtseinschränkungen enthalten (man denke nur an die StPO in ihren Vorschriften über die Verhaftung -§§ 81 ff- und das GVG in seinen Vorschriften über die Bestrafung von Ungebühr vor Gericht mit Haft -§§ 178 ff-).

Mit Recht sagt aber Röhl²²⁾, daß diese Nichtbeachtung dennoch ihre Gültigkeit nicht berührt, denn nicht alle nachkonstitutionellen Gesetze sind an Art. 19 I 2 GG gebunden; vielmehr bedürfen nur solche Grundrechtseinschränkungen einer Erwähnung, die dem bisherigen Recht noch nicht bekannt waren, sondern neu geschaffen wurden. Diese Auffassung, die auch schon bei Pohle²³⁾ und E. Wolff²⁴⁾ zu finden war, lag bereits der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts²⁵⁾ zugrunde, die Art. 19 I 2 GG nicht auf die Bestimmung des § 81 StPO anwendete. Nunmehr ist sie ausdrücklich bestätigt in dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 25.5.1956²⁶⁾, wonach es der Anwendung des Art. 19 I 2 GG auf solche nachkonstitutionellen Gesetze nicht bedarf, die lediglich bereits geltende Grundrechtsschranken unverändert oder mit geringen Abweichungen wiederholen. Art. 19 I 2 GG soll lediglich verhindern, daß neue, dem bisherigen Recht fremde Möglichkeiten des Eingriffs in Grundrechte geschaffen werden, ohne daß der Gesetzgeber sich dadurch Rechenschaft legt und dies ausdrücklich zu erkennen gibt.

18) Vgl. v. Mangoldt, Komm. Anm. 3 zu Art. 19 GG; BuVerwG im U. vom 26.3.1955 in DVBl. 1955 S. 638 und Röhl in AöR 1956, 208 ff.

19) Das ist der Regelfall, vgl. Bad. Feiertagsgesetz vom 12. Dez. 1950 in GVBl. 302.

20) Vgl. Art. 9 des Rechtsvereinheitlichungsgesetzes vom 12.9. 1950 in BGBI. S. 512; Beschluß des BuVerfG vom 23.10.1958 in BayVerwBl. 1959 S. 86: Die ZPO ist nicht vorkonstitutionelles Recht und unterliegt daher der Normenkontrolle durch das BuVerfG gem. Art. 100 I GG, da der Bundesgesetzgeber sie in ihrem ganzen Inhalt neu beschlossen hat.

21) Vgl. Röhl in AöR 1956 S. 208 ff. sowie das Protokoll der 79. Sitzung des 1. Bundestages v. 26.7.1950 S. 2867 und 2913.

Daraus ist zu folgern, daß bei jedem neuen grundrechtseinschränkenden Gesetz ein Vergleich mit dem Rechtszustand vor dem Inkrafttreten des GG zu ziehen ist. Schränkt die neue Fassung das Grundrecht nicht mehr ein als die alte, bedarf die Grundrechtseinschränkung keiner Erwähnung.

Es ist daher die Frage zu beantworten, ob die im BBG das Grundrecht der freien Meinungsäußerung einschränkenden Bestimmungen schon vor dem Inkrafttreten des GG (23.5.1949) galten und mit der Neufassung des BBG 1953 und 1957 die Eingriffsmöglichkeiten jedenfalls nicht erweitert wurden.

Mit der Proklamation I vom 31.8.1945 ging die gesamte oberste Gesetzgebungsgewalt in Deutschland, also auch diejenige auf dem Gebiet des Beamtenrechts, auf den Kontrollrat über. Das damals geltende Beamtenrecht war Beamtenreichsrecht, d.h. die Beamtenverhältnisse regelten sich nach dem DBG vom 26.1.37. Dieses Recht blieb für alle Beamten im Reichsgebiet in Kraft²⁷. Die Fortgeltung des DBG, soweit es nicht auf nationalsozialistischem Gedankengut beruhte²⁸, wurde in den deutschen Ländern durchweg bejaht. Es ergibt sich dies u.a. aus dem Beschluß Nr. 4 des Executivrats des amerikanischen und britischen Besatzungsgebiets in Deutschland vom 17.2.1948²⁹. Dieser Beschluß "über die Durchführung schwebender Dienststrafverfahren gegen Bedienstete des Vereinigten Wirtschaftsgebiets" ging als selbstverständlich davon aus, daß das bisherige deutsche Beamtenrecht die Grundlage des deutschen Disziplinarrechts geblieben war. Entsprechend hat auch die Disziplinargerichtsbarkeit

22) AaO.S.208 ff.

23) In MDR 1950 S. 645.

24) In JR 1950 S. 738 Anm.8.

25) In NJW 1953 S.497: die Entscheidung kommt zu dem Ergebnis, daß bei § 372a ZPO eine Nennung des möglicherweise verletzten Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit nicht notwendig war, da dem heutigen § 372a ZPO entsprechende Bestimmungen schon vor 1949 galten und durch die Neufassung von 1950 die Eingriffsmöglichkeiten jedenfalls nicht erweitert wurden.

26) In NJW 1956 S.986.

27) Vgl. Fischbach, Komm.zum BBG,Köln-Berlin 1956,S.1.

reißt in einem bestimmten Landern die Vorschriften des BStG als die wesentlichen Grundzüge behalten³⁰⁾.

Im Vergleich mit den einschlägigen Vorschriften des BStG von 1930 läßt sich schon erkennen, daß die Eingriffs-
schwellenlinie in die Freiheitsrechte der Beamten erweitert
wurde. Eine Fassung des Art. 13 I 2 GG war damals nicht not-
wendig. Die entsprechenden Vorschriften des BStG sind damit
hinfällig.

Für die betroffenen Beamten ist diese Frage nicht von Bedeu-
tung, weil das bayerische Beamtengesetz schon am 26.10.1946
erzogen ist.

a.) Kein Verstoß der Beamtengesetze gegen den Gleich- heitsgrundsatz des Art. 3 I GG.

Die Beamten sind in der Ausübung des Grundrechts der freien
Berufswahl eingeschränkt. Das wirft die Frage auf, ob
das nicht des Gleichheitsgebot des Art. 3 I GG entgegensteht,
denn die Beamten sind gegenüber den anderen Staatsbürgern be-
nachteiligt, weil z.B. ihre Betätigungsmöglichkeit auf poli-
tischen Gebiet geringer ist. Sinn und Inhalt des Gleichheits-
gebotes läßt jedoch nichts mit einer schematischen Gleichma-
cherung zu tun, es hierfür die Brechnungen des sozialen Le-
bens zu berücksichtigen sind³¹⁾. Die Gleichheitsforderung ist
von Natur nach Verhältnißhaft. Es wäre daher sogar eine un-
glatte Bemerkung, wenn an Verhältnißhaftes gleiches Maß gelegt
würde. Das Gesetz muß Verhältnißhaftes nach seiner Eigenart be-
rücksichtigen. Das Gleichheitsgesetz verletzt daher, daß wesentlich

30) Vgl. Art. 12 und 131 des Gesetzes der Militärregierung in
Deutschland.

31) Angeordnet im WMG des Wirtschaftsrats des Vereinigten
Wirtschaftsgebietes 1948 S. 62.

32) Vgl. V. des Ministerpräsidenten der Verw. des Vereinigten Wirt-
schaftsgebietes vom 23.4.1949 und 30.3.1949, abgedruckt in
BVerfGE 1, 240 ff. und 1, 241 ff. des BVerfG v. 26.1.1955
in BVerfGE-Sammlung II S. 1.

33) So Jerusalem in BVerfGE 1950 S. 6.

Gleiches ungleich, nicht dagegen, daß wesentlich Ungleiches entsprechend der bestehenden Ungleichheit ungleich behandelt wird."³²⁾ Der Sinn des Art. 3 I GG verlangt daher, daß die Besonderheiten des sozialen Lebens auch berücksichtigt werden. Das Berufsbeamtentum hat innerhalb unserer Gesellschaftsordnung besondere Aufgaben zu erfüllen. Die Wohlfahrt des einzelnen und die des ganzen Volkes hängt in nicht geringem Umfang von der Zuverlässigkeit und Sachkunde, von Unbestechlichkeit und Pflichttreue des einzelnen Beamten ab. Durch seine Tätigkeit, die Ausübung eines Amtes, wird der Beamte gegenüber den übrigen Staatsbürgern so sehr herausgehoben, daß eine Sonderbehandlung geboten ist. Nach der ständigen Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofs³³⁾, die insoweit auch für die deutschen Verhältnisse herangezogen werden kann, widersprechen Vorhandensein und Geltung der Beamtenvorschriften, welche die politische Tätigkeit des Beamten beschränken, nicht dem Gleichheitsgrundsatz, denn der Gleichheitsgrundsatz hindert nicht, daß aus wichtigen Gründen des Gemeinwohls einzelne Klassen oder Stände, so auch die Beamten, durch die Gesetzgebung besonders behandelt werden und sie besondere Pflichten zu tragen haben.

Für eine vergleichende staatsrechtswissenschaftliche Analyse bestehen bei diesem Thema enge Grenzen. Berufsbeamtentum und Berufsbeamtenrecht haben nicht in allen Staaten eine gleichmäßige Ausgestaltung erfahren. Die einzelnen Beamtenverhältnisse sind deshalb auch verfassungs- und verwaltungsrechtlich verschieden geordnet. Bei der Bearbeitung des Themas war daher von den deutschen staatsrechtlichen Verhältnissen und dem deutschen Berufsbeamtentum auszugehen und im wesentlichen dabei zu bleiben.

32) BuVerfG im U.v.30.1.1933 in BuVerfGE 2 S.119.

33) Entscheidungssammlung 216/23, 2311/52.

D. Grenzen der Einschränkung des Grundrechts
der freien Meinungsäußerung durch das Beamten-
verhältnis.

Den Beamten steht wie allen Staatsbürgern das Grundrecht der freien Meinungsäußerung zu, da die Grundrechte grundsätzlich auch innerhalb des Beamtenverhältnisses wirksam sind. Der Beamte kann sich jedoch dann nicht auf dieses Grundrecht berufen, wenn eine Ausübung mit den besonderen Pflichten, die ihm sein Amt auferlegt, kollidiert.

Es soll nun im einzelnen zu der nicht ganz leichten Frage Stellung genommen werden, w e l c h e Meinungsäußerungen den Beamten gestattet sind, welche sachlichen Gesichtspunkte als triftige Begründung für Meinungsäußerungsbeschränkungen in Betracht kommen und wie weit der Dienstherr von den Beamten den Verzicht auf das freie Wort fordern darf.

I. Umfang der Einschränkung im allgemeinen¹⁾.

Eine Einschränkung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung im Beamtenverhältnis darf nur in dem Umfang erfolgen, als es Sinn und Zweck des einzelnen (konkreten) Beamtenverhältnisses²⁾ unumgänglich notwendig machen, denn den Grundrechten ist im GG eine solch große Wertung zuteil geworden³⁾,

-
- 1) Hier sollen nur allgemeine Richtlinien aufgestellt werden.
 - 2) Ungenau die h.L., die unter Zweck des Beamtenverhältnisses den Zweck des Beamtenverhältnisses als Ganzes versteht. Selbstverständlich wird man bei der Frage der Einschränkung auch den Zweck des Beamtenverhältnisses als Ganzes heranziehen müssen, zunächst ist aber immer vom Zweck des einzelnen Beamtenverhältnisses auszugehen.
 - 3) Vgl. die beiden ersten Kapitel dieser Arbeit; zum Wertgehalt des Grundrechts der freien Meinungsäußerung vgl. auch C.Schmitt aaO.S.166: "...wichtigstes gesellschaftliches Freiheitsrecht" und Erwin Ruck in "Schweizerisches Verwaltungsrecht I S.202: Nur drei Freiheitsrechte sind für den schweizerischen Staat so grundlegend und maßgebend, daß er ohne sie nicht mehr Rechtsstaat im heutigen Sinn des Wortes wäre: Freiheit der Person, der Meinung und des Eigentums.

daß sie ihre Wirkung, wenn nur irgendwie möglich, in allen Beziehungen zwischen dem einzelnen und der Staatsgewalt voll entfalten müssen. Die aus der Natur der dem einzelnen Beamten zugewiesenen öffentlichen Aufgabe sich ergebenden Beschränkungen des Grundrechts der freien Meinungsäußerung reichen daher nur soweit, als es diese Natur unbedingt erfordert, d.h. soweit also die Ausübung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung eine Erfüllung des Aufgabenkreises des einzelnen Beamten⁴⁾ verhindern würde, kann es eingeschränkt werden.

Ebenso wie die Frage, ob ein Grundrecht innerhalb des Beamtenverhältnisses eine Einschränkung erleidet, hängt auch die Frage des Ausmaßes dieser Einschränkung vom "Funktionieren" des einzelnen Beamtenverhältnisses ab. Der Grundsatz des Übermaßverbots⁵⁾ - ungenau oft auch als Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bezeichnet - ist auch hier zu beachten, denn dieser Grundsatz ist heute nicht nur allgemein im Verwaltungsrecht anerkannt⁶⁾, sondern hat sich auch im Verfassungsrecht durchgesetzt⁷⁾. Bestehen berechtigte Gründe zu einem Eingriff, so bestimmt dieser Grundsatz, daß diese Gründe nur zu dem geringstmöglichen, zwingend gebotenen Eingriff führen dürfen. Eingriffe in das Grundrecht der freien Meinungsäußerung, wenn sie schon erfolgen, müssen also auf das geringstmögliche, zwingend gebotene Maß beschränkt bleiben. Über den Aufgabenbereich des einzelnen Beamtenverhältnisses hinausgehende Einschränkungen wären verfassungswidrig und damit nichtig.

4) v.Münch,aaO. S.45/46, spricht vom "Funktionieren des konkreten Sachbereichs des Gewaltunterworfenen" und von der Funktion "des einzelnen Beamten in seinem engen Sachbereich".

5) So W.Jellinek, aaO. S.439.

6) Vgl.E.des BayVerfGH vom 27.11.1947 in BayVerfGE 1 S.32 ff.: die von einer Verwaltungsbehörde zu ergreifenden Maßnahmen dürfen zu keinem stärkeren Eingriff führen als der Zweck es erfordert.

7) Vgl. Dürig in JZ 1952 S. 513 ff. und E.des BayVerfGH in DOV 1955 S.729.

II. Die Einschränkung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung im einzelnen.

Einige wesentliche Pflichten, die zu gewissen Einschränkungen des Grundrechts der freien Meinungsäußerung führen, sind in den Beamtengesetzen statuiert, so die Pflicht zur Zurückhaltung bei politischer Betätigung, die Pflicht zu achtungswürdigem Verhalten innerhalb und außerhalb des Dienstes und die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit (vgl. §§ 52 bis 55, 61 BBG vom 18.9.1957; Art. 14 II, 15 I, 19, 20, 23 BayBG vom 28.10.1946):

1.) Die Einschränkung von Meinungsäußerungen dienstlicher und privater Natur⁸⁾.

Für Meinungsäußerungen gegenüber den Vorgesetzten ergibt sich eine Schranke aus dem Interesse des Staates an einem ungehemmten Funktionieren der Behörde. Der Behördenapparat kann nicht funktionieren, wenn der Beamte bei jedem Amtsgeschäft das Recht hätte, den Vorgesetzten erst lange Vorträge über seine Meinung und seine Anschauung zu halten.

Bei der Beurteilung von Entscheidungen und Maßnahmen eines Dienstvorgesetzten hat der Beamte in sachlichen Grenzen zu bleiben und sich herabsetzender und verächtlicher Äußerungen zu enthalten. Eine aggressive Kritik läßt die Achtung vermissen, die der Beamte seinem Dienstvorgesetzten schuldig ist und die ihn verpflichtet, sich bei der Austragung einer Meinungsverschiedenheit Mäßigung und Zurückhaltung aufzuerlegen⁹⁾. In diesem Zusammenhang ist noch auf eine Frage einzugehen, die besonders durch die Entscheidung des Bundesdisziplinarhofs vom 20.12.1955¹⁰⁾ aktuell geworden ist. Es ist die Frage,

8) Meinungsäußerungen mit nicht-politischem Inhalt.

9) Vgl. auch Leisner aaO. S. 267: Gewisse, offen agitatorische Äußerungen, welche die gemeinsame Arbeit unmöglich machen, sind auch heute Vertragsbruch und werden es immer bleiben müssen.

10) LS zitiert in DDB 1956 S. 150; vgl. auch E. des BayDStH v. 10.8.1960 3 Ds/II 59.

welcher Einfluß der Tatsache beizumessen ist, daß der Beamte als Betriebsratsmitglied Kritik an seinen Vorgesetzten geübt hat. Der Bundesdisziplinarhof hat im Leitsatz ausgeführt: ein Betriebsrats- (Personalrats-) mitglied, das gelegentlich eines Rechenschaftsberichts vor der Belegschaft die Behördenleitung oder einzelne Dienststellenleiter offen oder versteckt angreift und die Stimmung der Versammlung gegen bestimmte Maßnahmen der Amtsleitung aufwiegelt, begeht ein Dienstvergehen, demgegenüber keine Berufung auf Wahrnehmung berechtigter Interessen im Sinn von § 193 StGB erlaubt ist.

Wenn man Sachverhalt und Begründung dieser Entscheidung kennt, so bestehen keine Bedenken an der Richtigkeit dieses Urteils. Der Leitsatz in seiner sehr allgemein gehaltenen Form kann aber nur mit großer Vorsicht aufgenommen werden, denn er ist gut geeignet, die Entschlußfreudigkeit der Personalräte zu beeinträchtigen und ihnen Hemmungen in ihrer Tätigkeit aufzuerlegen, eine Tätigkeit, die ihrer Natur nach zumeist gegen die Machtstellung des Behördenleiters gerichtet ist. Wo liegen die Grenzen, innerhalb deren die Personalvertreter in der Ausübung ihrer Tätigkeit ihre Dienstvorgesetzten kritisieren dürfen, ohne sich disziplinarrechtlich verantworten zu müssen? § 59 I PVG sagt, daß der Personalrat in Ausübung seiner Befugnisse jederzeit das Recht hat, ungehindert seine Meinung zu äußern und Kritik zu üben. Jede Behinderung dieser Tätigkeit wäre unzulässig und § 55 II PVG schreibt vor, daß Dienststelle und Personalrat alles zu unterlassen haben, was geeignet ist, die Arbeit und den Frieden der Dienststelle zu gefährden.

Das Recht auf Kritik an Maßnahmen seiner Dienststelle und Dienstvorgesetzten hat jeder Beamte. Aus § 56 II BBG ergibt sich sogar die Pflicht zur Kritik, wenn er Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen vorzubringen hat. Eine Verletzung dieser Pflicht kann sogar disziplinarrechtlich geahndet werden, wie sich aus § 56 BBG ergibt. Aber auch sonst, wo es nicht um die Rechtmäßigkeit einer dienstlichen

Anordnung geht, hat der Beamte das Recht zur Kritik. Dieses Recht hat aber eine Grenze: es muß von der Selbstbeherrschung, den Gesetzen des Anstandes und der Wahrung einer entsprechenden Form getragen sein. So hat schon im Jahre 1926 der Disziplinarsenat für das Land Preußen¹¹⁾ den Grundsatz aufgestellt, daß ein Beamter, der erklärt, er müsse gegen ihn erhobene Vorwürfe aufs schärfste zurückweisen, kein Dienstvergehen begeht, sofern er bei der Auseinandersetzung die gebotene Rücksicht und Achtung wahrt. Es darf daher keine Auseinandersetzung ins Persönliche abgleiten. Jede Herabsetzung stellt ein Dienstvergehen dar, ebenso wie jede Beschimpfung¹²⁾. Diese Grundsätze gelten in gleicher Weise für die Tätigkeit der Personalvertretungen; ja gerade für sie haben diese Grundsätze besondere Bedeutung, da sie viel häufiger als der einzelne Beamte in die Notwendigkeit versetzt sind, Maßnahmen ihrer Behördenleiter zu kritisieren. Es darf aber nichts gesagt werden, was den anderen diskriminieren könnte oder was zu sagen der Zweck der sachlichen Auseinandersetzung nicht verlangt¹³⁾.

Die gleichen Grundsätze sind auf den Vertreter einer Beamtengruppe anzuwenden. Durch Artikel 9 GG und 114. BV sowie Art. 22 BayBG werden dem Beamten die Freiheit des Zusammenschlusses in Gewerkschaften und anderen Berufsvereinen gewährleistet. Schließen sich die Beamten zur gemeinsamen Wahrnehmung ihrer Berufsinteressen zusammen, so werden die Beamtenpflichten ihres Sprechers weder gesteigert noch eingeschränkt. An die Mittel und Form der Interessenwahrung, die dem einzelnen Beamten durch sein Dienst- und Treueverhältnis auferlegt sind, sind

11) In OVG 81 S. 438.

12) In aller Regel wird ein solches Vernalten auch den Tatbestand einer strafbaren Handlung (Beleidigung) erfüllen.

13) Vgl. Dietz, Personalvertretungsgesetz, § 26 Anm. 4 u. U. des BayDStH vom 25.4.1956 (VGH NF 9 III 27): "einem Beamten, der ... als Vertreter einer Beamtenorganisation in der öffentlichen Auseinandersetzung steht, muß in der Erfüllung dieser Aufgaben eine gewisse Bewegungsfreiheit eingeräumt werden; ... mit einer sachlichen, die gebotene Form achtenden Kritik an seiner vorgesetzten Dienstbehörde und deren Maßnahmen ... nicht zum Vorwurf gemacht, daß er überhaupt Kritik übte. Zu beanstanden ist jedoch, wie er es tat".

auch der Berufsverein und sein Vertreter gebunden¹⁴⁾. Eine weitere Schranke ergibt sich aus dem Interesse des Staates, den "guten Ruf" des Berufsbeamtentums nicht zu gefährden. Kommt daher ein Beamter zu der Überzeugung, daß innerhalb der öffentlichen Verwaltung Mißstände herrschen, so hat er sie nach gründlicher Prüfung auf dem Dienstweg zu melden, wenn sie sich innerhalb des Dienstbereiches seines Dienstherrn zeigen. Er begeht eine Pflichtverletzung, wenn er seine Beschwerde nicht auf dem Dienstweg bis zur obersten Dienstbehörde vorbringt, sondern die "Flucht in die Öffentlichkeit" wählt.¹⁵⁾ Macht er Wahrnehmungen über Mißstände bei fremden Behörden oder Beobachtungen belastender Natur für Berufskollegen, Vorgesetzte, so darf er sie auch nicht der Öffentlichkeit (Versammlungen) mitteilen; es bleibt ihm auch hier nur der Dienstweg. Ebenfalls darf ein Beamter für Vorschläge von Verbesserungen im Dienstbetrieb nicht den Weg in die Öffentlichkeit wählen¹⁶⁾. So waren die sieben Staatsanwälte in Berlin, die eine Denkschrift über Eingriffe der Justizbehörden in die Ermittlungsarbeit der Staatsanwaltschaft verfaßt hatten, verpflichtet, die Aufforderung des Ostberliner Fernsehfunks, sich in einer Fernsehsendung über die Lage des Justizwesens in Berlin zu äußern¹⁷⁾, abzulehnen.¹⁸⁾ Eine Einschränkung ergibt sich für den Beamten auch aus der Pflicht zur ordnungsgemäßen Erledigung seiner Aufgaben. Er darf daher nicht während der Dienstzeit unbehindert private Meinungen äußern, da er sonst das vorgeschriebene Arbeitspensum nicht erfüllt. Dienstzeit bedeutet Arbeitszeit.

14) Vgl. auch das "Gierster-Urteil" (U. des BayDStH v. 10.8.1960 Nr. 3 DS II 59): Es würde der Sinn und Zweck der das "Koalitionswirken" der Beamten schützenden Verfassungsbestimmungen verfälscht, wenn sie dahin ausgelegt werden würden, sie gäben den zusammengeschlossenen Beamten und ihrem Sprecher Freiheit von den Pflichten, die für den einzelnen Beamten durch sein Dienst- und Treueverhältnis begründet worden sind.

15) Vgl. auch Reichsdisziplinarhof in ZBR 7 S. 103; Preuß. OVG 83 S. 462; BDH in BDHS I Nr. 9; U. des BayDStH v. 10.8.1960 3 DS II 59: Das Petitionsrecht stehe dem Beamten uneingeschränkt in allen außerdienstlichen Angelegenheiten zu. Soweit es sich aber um dienstliche Dinge handelt, müsse er versuchen,

Ein Beamter verstößt gegen seine Pflichten, wenn er sich innerhalb und außerhalb des Dienstes in propagandistischer oder sonst zustimmender Weise über den Rassenwahn, insbes. den Antisemitismus äußert, da ein solches Verhalten mit den Grundgedanken der Verfassung von der Würde der Person und der Gleichheit aller Menschen, wie sie in den Art. 1 und 3 GG zum Ausdruck kommen, schlechterdings unvereinbar ist¹⁹⁾.

Jeder Beamte unterliegt dem Amtsgeheimnis, d.h. er hat über die ihm auf Grund seiner amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Angelegenheiten Verschwiegenheit zu wahren. Die Amtsverschwiegenheit bezieht sich zwar in der Hauptsache auf die Mitteilung von Tatsachen und nicht auf die Äußerung von Meinungen, es kann sich aber aus der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit eine Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit mittelbar ergeben²⁰⁾. Der Beamte darf nicht eine Meinung äußern über Dinge, hinsichtlich denen er zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet ist.

Wenn bisher eine Unterscheidung zwischen Meinungsäußerungen innerhalb und außerhalb des Dienstes nicht gemacht worden ist, so wird dennoch nicht der vielfach vertretenen Auffassung beigetreten²¹⁾, daß es keinen Unterschied zwischen der Dienst-sphäre und der Privatsphäre des Beamten gäbe. Mit Lindgen²²⁾ ist zu sagen, daß "sich der Staat grundsätzlich nicht mehr in die Privatsphäre des Beamten mischt". Es ist daher ein Un-

auf dem Dienstweg Abhilfe zu erreichen, bevor er sich mit seinem Anliegen an das Parlament wende.

16) Vgl. auch Schulze-Simmons, Die Rechtsprechung des Reichsdisziplinarhofs, Berlin 1926, S.168; BDHS I Nr.10.

17) Vgl. Mitteilung in Frankfurter Allgemeine vom 5.12.1960 Nr. 284; über die "Justizkrise" in Berlin in "Die Zeit" v. 4.11.1960 Nr.45.

18) Ganz abgesehen von der politischen Seite dieses Falles.

19) Vgl. U. des Hess. DSTh vom 19.5.1953 in BDHS I S.212.

20) Vgl. dazu Rothenbücher in VVDStRL 4 S.28 ff.

21) Köttgen in HdbStR II S.18: ... Spaltung der amtlichen und außeramtlichen Sphäre ... steht in tiefstem Widerspruch zu dem Wesen eines jeden personenrechtlichen Verhältnisses, für das es eine private Sphäre ... nicht gibt; Preuß OVG in JW 1927 S.2867: das Amt erfaßt die gesamte Persönlichkeit des Beamten. Er ist niemals nur Privatmann.

terschied im Maß der Grundrechtsgewährung zwischen der Dienst- und der Privatsphäre des Beamten zu machen²³⁾. Eine besondere Frage ist deshalb die, wie weit der Bereich des Amtes reicht. Gibt ein Beamter seine Äußerung in seiner Eigenschaft als Beamter oder als Staatsbürger ab? Eine generelle Antwort kann nicht gegeben werden, weil die Aufgabenbereiche der einzelnen Beamten zu verschieden sind. Für einen Großteil der Beamten hört die amtliche Tätigkeit mit Beendigung der Dienststunden auf. Gewisse Beamte befinden sich fast ständig im Dienst. Dies gilt insbesondere für die hochgestellten Beamten (Regierungspräsident, Botschafter), die bei vielen Angelegenheiten als im Amt befindlich anzusehen sind. So ist z.B. der Botschafter als noch im Amt anzusehen, wenn er ein Interview gibt, ganz gleich, bei welcher Gelegenheit er es gibt²⁴⁾.

2.) Die Einschränkung von Meinungsäußerungen politischer Art.

Unter den verschiedenen Arten von Meinungsäußerungen der Beamten sind besonders diejenigen zu beachten, die ihrem Inhalt nach politischer oder parteipolitischer Natur sind. Sie stellen eigentlich das Problem der Meinungsäußerungsfreiheit dar.

Die Frage der politischen Betätigungsfreiheit des Beamten berührt in ihrem Kern ein tiefes Problem, nämlich das der staatspolitisch besonderen Prägung des Berufsbeamtentums und damit zusammenhängend die Frage der Verpolitisierung des Berufsbeamtentums. Daher ist es notwendig, einige Ausführungen zu diesen Fragen zu machen, bevor auf die einzelnen Beschränkungsmöglichkeiten der politischen Meinungsäußerungen der Beamten eingegangen wird.

22) Bundesdisziplinarrecht, Hamburg 1952 S. 50.

23) Deutlich offenbar wird dieser Unterschied besonders bei den politischen Meinungsäußerungen.

24) Vgl. auch Rothenbücher in VVDStRL 4 S. 28 ff.

a) Das Verhältnis von Berufsbeamtentum
und Politik.

Die Weimarer Verfassung erklärte in Art. 130 die Beamten zu "Dienern der Gesamtheit, nicht einer Partei" und gewährleistete "allen Beamten die Freiheit ihrer politischen Gesinnung und die Vereinigungsfreiheit". Diese beiden Grundsätze standen schon damals in einem gewissen Widerspruch, wie Koellreutter²⁵⁾ richtig ausführt, denn während Absatz I das Berufsbeamtentum als Antipoden dem Parteiwesen gegenüberstellte, öffnete Absatz II dem einzelnen Beamten das Tor zur parteipolitischen Betätigung j e d e r Art und zog damit schon damals weite Kreise des Berufsbeamtentums in den Strudel der Parteipolitik.

Zu der Frage, welchen politischen Standort das Berufsbeamtentum in einem Rechtsstaat einnimmt, enthält das bekannte Beamtenurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 17.12.1953 einige wertvolle Ausführungen. Das Bundesverfassungsgericht weist zunächst auf die parteipolitische Neutralität als ein Wesensmerkmal des rechtsstaatlichen Berufsbeamtentums hin.²⁶⁾ Dieser in Art. 130 I WRV ausdrücklich verankerte Satz wurde in mehrere deutsche Länderverfassungen übernommen (vgl. Art. 96 I BV, Art. 58 Hamburger Verfassung, Art. 77 Bad.Württ.Verf.), im Grundgesetz fand er zwar expressis verbis keine Aufnahme, "an seiner Geltung kann aber nicht gezweifelt werden, wie sich aus der Grundkonzeption des GG ergibt"²⁷⁾. Weiterhin wird vom BuVerfG betont, daß das Berufsbeamtentum an den Staat und die Rechtsordnung gebunden sein muß; eine persönliche Bindung derart, wie sie das nationalsozialistische Beamtenrecht geschaffen hatte, ist mit dem Rechtsstaatgedanken unvereinbar. "Das Beamtenverhältnis muß den Beamten mit dem Staat als einer von seinem jeweiligen obersten Repräsentanten

25) AaO. S.66.

26) BuVerfGE 3 S. 85 ff.

27) So Köhl in BBZ 1955 S.97.

einerseits, von den politischen Gruppen andererseits unabhängigen, in diesem Sinn neutralen Person verbinden. Die rechtliche Bindung an die politische Auffassung einer einzelnen Partei steht in schärfstem Widerspruch zum Begriff eines Beamtenverhältnisses, das dem Staat und Volk als ganzem verpflichtet ist"²⁸⁾. Der heutige Staat fordert von seinen Beamten ein Bekenntnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Unter dieser Grundordnung versteht man dabei nicht das politische Programm einer Partei, sondern "ein umfassendes Staatsprinzip, das Raum läßt für die Betätigung mehrerer den demokratischen Gedanken in verschiedenen Abwandlungen vertretender Parteien"²⁹⁾.

Daraus ergibt sich, daß die heutige "aktive"³⁰⁾ deutsche Demokratie den Beamten nicht mehr, wie in der Weimarer Zeit, die absolute Freiheit ihrer politischen Gesinnung zubilligt. Damit wird aber nicht die völlige Nichtbeteiligung der Beamten an der Parteipolitik, wie dies in den angelsächsischen Ländern, vor allem in England, verlangt wird, gefordert. Dem Beamten wird nur eine gewisse Zurückhaltung bei ihrer politischen Betätigung auferlegt. Die Neutralisierung des Berufsbeamtentums darf aber nicht zu einem Verbot der politischen Betätigung außerhalb des Amtes überhaupt führen. Auch in Amerika wird von den Beamten "loyalty", Staatstreue, verlangt. So erging 1947 eigens eine Präsidialverordnung über die Loyalität der Bundesbeamten³¹⁾, die gegen die kommunistische Infiltration in den Staatsstellungen gerichtet war. In England gehört es zu den Amtspflichten der Angehörigen des Civil Service, daß sie sich von jeder politischen Betätigung fernhalten, sich vor allem nicht parteipolitisch betätigen. Den Beamten ist grundsätzlich das passive Wahlrecht entzogen, sie sind nicht zum Unterhause wählbar.³²⁾

28) BuVerfGE 3 S.99 und 116.

29) BuVerfGE 3 S.118.

30) So Koellreutter aaO. S.66

31) The Exec.Order Nr.9853 (23.3.1957), zit. bei Loewenstein in JR 1952 S.6.

32) Vgl.auch Koellreutter aaO.S.66.

b) Die Verpolitisierung des Berufsbeamtentums.

Im engen Zusammenhang mit dem Problem der politischen Betätigung der Beamten steht die Frage der Stellung des Berufsbeamtentums im Getriebe der Politik. Es ist die Frage, "ob das Berufsbeamtentum eine Masse von Funktionären in der Hand der politischen Gruppen des parteienstaatlichen Systems bildet oder ob es durch parteipolitisch neutrale Sachgebundenheit und seine staatsbezogene Eigenverantwortlichkeit dazu beiträgt, institutionelle Staatlichkeit und obrigkeitliche Autorität zur Darstellung zu bringen, ohne die auf die Dauer kein politisches Gemeinwesen bestehen kann"³³⁾. Es ist das Problem, das mit den Worten der "Verpolitisierung" und "Entpolitisierung" gekennzeichnet ist.

Die heutige Demokratie, die durch das Mehrparteiensystem gekennzeichnet ist, gewährt jedem Staatsbürger, auch dem Beamten, weitestgehende politische Freiheiten. Damit ermöglicht sie aber auch das Eindringen verschiedener politischer Richtungen in die Staatsverwaltung. Die Folge ist, daß die politischen Parteien versuchen, die Beamten für ihre Sache zu gewinnen. Das geschieht nicht nur um Wählerstimmen zu erringen und Parteimitglieder zu werben, sondern um durch die Beamten einen Einfluß auf die Ausübung der staatlichen Funktionen nehmen zu können. Waren es zur Zeit der Entstehung des modernen Berufsbeamtentums Landesfürst und Stände, so sind es heute die politischen Parteien als die modernen politischen Machtfaktoren, die um eine Beherrschung des Berufsbeamtentums kämpfen. Da der Staat immer durch seine Organe tätig wird, so kann bei einer bestehenden Abhängigkeit der Beamten, die seine Organe sind, von einer politischen Partei ein erheblicher Einfluß dieser Partei auf die staatliche Verwaltung ausgeübt werden.

33) So Weber in VVDStRL 13 S.171.

Wie schon im dem Kapitel über die Bedeutung des Berufsbeamtentums hervorgehoben worden ist, stellt das Berufsbeamtentum auch in unserem heutigen Staate einen Machtfaktor dar. Die Beamtenschaft kann unter Umständen den Anordnungen der politischen Führungsorgane "maßvollen" Widerstand entgegensetzen und bei der Durchsetzung ihrer Absichten Schwierigkeiten bereiten. Deshalb versuchen die politischen Parteien, wenn sie legitim im Wege der Wahl an die Macht gekommen sind, nicht nur die politischen Führungsorgane mit "ihren Leuten" zu besetzen, sondern auch die gehobenen Stellen im Beamtenapparat, die weitgehendst gesichert sind, weil Wahlen auf sie keinen Einfluß haben.

Es bestehen für den einzelnen Beamten viele Möglichkeiten, seine parteipolitische Einstellung bei der Führung seiner Amtsgeschäfte zur Geltung zu bringen. Sieliegen besonders im weiten Bereich des freien Ermessens der Verwaltung. Bei der Verleihung von Berechtigungen oder einer rechtlichen Eigenschaft, vor allen Dingen aber in der Personalpolitik kann er parteipolitische Interessen ausschlaggebend berücksichtigen. Nicht nur auf dem Gebiet der Executive, sondern auch in beschränktem Umfang im Bereich der Legislative kann parteipolitischer Einfluß ausgeübt werden, nämlich dann, wenn die an der Legislative beteiligten Beamten parteipolitischen Interessen bei ihrer Mitwirkung an der Gesetzgebung den Vorrang geben. Das Vertrauen aller Staatsbürger zu einer objektiven Legislative, Justiz und Verwaltung wird daher am ehesten durch ein parteipolitisch neutrales Berufsbeamtentum gewährleistet. Das Bestehen eines parteipolitisch neutralen Berufsbeamtentums hängt jedoch in einem Mehrparteienstaat von zwei Voraussetzungen ab: vom Vorhandensein einer einheitlichen Staatsidee, einer Staatsidee, die über die verschiedenen Parteiinteressen hinweg von allen Parteien bejaht und anerkannt wird und der das Berufsbeamtentum zu dienen hat. Diese Staatsidee könnte die Idee der "aktiven Demokratie" sein, da das GG nur von ganz bestimmten weltanschaulichen und kulturellen Grundsätzen getragen wird, die nicht allen politischen Richtungen den gleichen Wert beimessen. Die zweite entscheidende Voraussetzung ist, daß die

politischen Parteien in ihren Bemühungen, politischen Einfluß auf die Beamtenschaft zu gewinnen, Zurückhaltung üben. Ein parteienmäßig aufgespaltenes Berufsbeamtentum, das Parteiinteressen in die Verwaltung und Justiz hineinträgt, kann beträchtliche Störungen im Staatsapparat hervorrufen, die so erheblich sein können, daß sie zur Ursache einer Staatskrise werden.³⁴⁾

Diese Ausführungen zeigen klar auf, von welcher tiefgreifenden Bedeutung das Problem der "Verpolitisierung des Berufsbeamtentums" ist. Das Problem ist deshalb so aktuell, weil eine zu weitgehende Verpolitisierung nur allzusehr die Ursache für eine Krise des Berufsbeamtentums bilden kann; ja vielleicht kann man heute schon von einer Krise sprechen³⁵⁾, wenn man die immer mehr um sich greifende Ämterpatronage sieht und als deren Folge das Absinken verantwortlicher Eigenständigkeit in den Spitzen des Berufsbeamtentums, wenn man weiterhin den immer größer werdenden Umfang nicht nur der Personalpolitik, sondern mindestens ebensosehr die Politisierung der sachlichen Arbeit der Verwaltung in Betracht zieht. Es wäre deshalb wünschenswert, wenn wir zu ähnlichen Verhältnissen wie in England kämen, wo politische Amtsträger und Berufsbeamte streng voneinander getrennt sind und die politischen Parteien, wenn sie an die Macht kommen, ihre Macht nicht dazu mißbrauchen, um ihre Parteigenossen in Beamtenstellungen unterzubringen, ohne Rücksicht auf besondere Fähigkeit und Leistungen. "Ein Staatsgedanke mit einer entsprechenden Staatsgesinnung, der den Beamten mit dem Staat verbindet, ist dazu allerdings notwendig, wenn er nicht Diener von Parteien, son-

34) Vgl. besonders Spanner in "Berufsbeamtentum und Staatskrisen" in VVDStRL 13 S.119 ff. und Naumann in VVDStRL 13 S. 88 ff. sowie Neeße in "Staatsdienst und Staatsschicksal" S.35: Ein Parteidenken, das nur die eigene Partei als Macht- und Ideenträger anerkennt und den Staat nur als Domäne eigener Betätigung und Entfaltung zu sehen vermag, muß der Todfeind jedes echten Berufsbeamtentums sein.

35) Vgl. Weber und Bachof in VVDStRL 13 S.171 bzw.189; sowie Eschenburg in seiner Mannheimer Festrede vom 6.12.1960 zu

dern der Gesamtheit sein soll"³⁶⁾.

c) Die politischen Meinungsäußerungen.

Schon einmal, nach dem Rathenaumord im Jahre 1922, versuchten Reichstag und Reichsregierung eine gesetzliche Regelung über das Verhältnis von Politik und Berufsbeamtentum zu schaffen. Bestrebungen, die auf eine Wiederherstellung der Monarchie oder gegen den Bestand der Republik gerichtet waren, wie die Förderung solcher Bestrebungen durch Verleumdung, Beschimpfung oder Verächtlichmachung der Republik, des Reichspräsidenten oder von Mitgliedern der Reichsregierung und der Landesregierungen, stellten eine Verletzung der Dienstpflichten des Beamten dar und sollten als Dienstvergehen geahndet werden³⁷⁾. Diese gesetzlichen Bestimmungen blickten viel zu sehr auf die Vergangenheit zurück, als daß sie den Bestand der Republik hätten schützen können.

§ 52 des BBG vom 18.9.1957 verlangt in Absatz I, daß der Beamte dem ganzen Volk zu dienen hat, nicht einer Partei und fordert in Absatz II, daß der Beamte sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlich-demokratischen Grundordnung im Sinn des GG bekennen und für deren Erhaltung eintreten muß.

Aus der Bestimmung, daß der Beamte nicht Diener einer Partei ist, ergibt sich für ihn die Notwendigkeit, in seiner Amtsführung jeden Schein zu vermeiden, als ob er nur die Interessen einer bestimmten politischen Partei wahrnehme. Er hat in allen Amtshandlungen nur das Interesse der Allgemeinheit zu wahren und sich nur von sachlichen Gesichtspunkten leiten zu lassen. Im Dienst, während des Parteiverkehrs, muß sich der Beamte daher jeder politischen Agitation, jeder Propaganda für eine politische Partei enthalten.

dem Thema: Was ist Ämterpatronage?(abgedruckt in der Wochenzeitschrift "Zeit" Jahrg.1960 Nr.50: Die gefährlichste Anfechtung, der die moderne Demokratie ausgesetzt ist, besteht in der Ämterpatronage).

36) So Merk in VVDStRL 13 S.186.

37) Vgl.Brill in DDB 1956 S. 60.

Der Beamte hat im Gegensatz zum "Politiker, der einen subjektiven Willen - den eigenen oder den seiner Gruppe - zur Geltung zu bringen versucht,.... objektiv, d.h. gegenstands-, sachorientiert, also unparteiisch zu handeln"³⁸⁾. Es wird von ihm eine scharfe Trennung zwischen seiner politischen Betätigung und seiner amtlichen Stellung verlangt.

Das Ideal wäre es, wenn der Beamte überhaupt keiner Partei angehören würde. Da aber der Beamte als "allgemeiner" Staatsbürger das Recht hat, in politischen Fragen seine Meinung zu äußern und auch Mitglied einer politischen Partei sein kann, sind ihm zunächst nur in seinem Amt bestimmte Grenzen gezogen. Außerhalb des Dienstes steht der parteipolitischen Betätigung, insbesondere parteipolitischen Meinungsäußerungen auf Kundgebungen und Versammlungen, z.B. dem offenen Bekenntnis zu einer bestimmten Partei, grundsätzlich nichts im Wege. Unerlässlich ist aber für den Beamten das "Bekenntnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung, d.h. "für eine Ordnung, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes darstellt"³⁹⁾.

Darüberhinaus wird auch das Eintreten für die Erhaltung dieser Verfassungsordnung innerhalb und außerhalb des Dienstes gefordert. Eintreten heißt dabei, wie Köttgen richtig betont⁴⁰⁾, nicht bloß sich fernhalten von allen Bestrebungen, welche diese Grundordnung zu lockern oder verächtlich zu machen suchen, sondern, wenn die Gelegenheit sich dazu bietet, solchen Tendenzen mit Entschiedenheit entgegenzutreten. Das Eintreten verpflichtet also nicht nur zu einem passiven, sondern auch zu einem aktiven Verhalten, es muß sich der jeweiligen Lage anpas-

38) Eschenburg, Staat und Gesellschaft in Deutschland, aaO. S. 697; vgl. BayVerfGH E.v. 22.7.1959 in BayVerwBl. 1959 S. 337, BayVerwGH E.v. 12.6.1959 in BayVerwBl. 1959 S. 351; Nawiasky-Leusser aaO. Erl. zu Art. 96 (S. 175): Art. 96 I BV erstrebt ein parteipolitisch neutrales und streng objektives Beamtentum.

39) So BuVerfG im U. vom 23.10.1952 in DÖV 1953 S. 83; die Beamten sind also nicht verpflichtet, die Politik der jeweiligen Regierung zu vertreten; sie können Meinungen äußern, die sich gegen die Regierungspolitik richten. Daher durften auch die Beamten das Paulskirchen-Manifest (Stellungnahme gegen die Pariser Verträge) unterzeichnen.

40) In DÖV 1953 S. 12.

sen, in der es erforderlich wird, und es muß auch im öffentlichen Leben erkennbar sein. So ist der Beamte unter Umständen verpflichtet, bei einer Versammlung oder Veranstaltung, in der Angriffe auf die freiheitlich-demokratische Grundordnung erfolgen, das Wort zu ihrer Verteidigung ergreifen.

Der Beamte schuldet den Einrichtungen und Symbolen der Bundesrepublik Achtung. Beschimpft er die Symbole des Staates, macht er Äußerungen, die den Anschein erwecken, als sei er mit ihnen nicht einverstanden, zerstört er das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und dem Staate.

Aus der Vorschrift des § 52 II BBG folgt, daß der Beamte sich nicht in Wort und Schrift für Vereinigungen einsetzen darf, deren Zweck oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten (vgl. Art. 9 II GG). So verläßt der Beamte die Grundlage des Treueverhältnisses zu seinem Dienstherrn, wenn er tatkräftig in Reden für einen Beitritt zu einer Vereinigung wirbt, die eine Verhinderung der Staatszugehörigkeit seiner Heimat anstrebt⁴¹⁾.

An dieser Stelle ist noch auf den Erlaß des Bundespostministeriums vom 14.5.1958 näher einzugehen. Den Anlaß zu diesem Erlaß gab folgender Sachverhalt: Dem Bundestag lag der Entwurf eines Gesetzes zur Volksbefragung wegen einer atomaren Ausrüstung der Bundeswehr vor. Bevor es zu einer Entscheidung über diese Vorlage im Parlament kam, beschlossen die Parlamente von Hamburg und Bremen für den Bereich ihres Landes die Durchführung von Volksbefragungen. Die in diesen Ländern zustande gekommenen Volksbefragungsgesetze hielt die Bundesregierung für verfassungswidrig und sie rief deshalb das Bundesverfassungsgericht an. Durch einstweilige Anordnungen wurden die bereits anberaumten Volksbefragungen ausgesetzt.

41) Vgl. U. des Schlesw. Holst. DStrH in DVBl. 1952 S. 211 ff. mit zustimmender Anmerkung von Gerber in DÖV 1952 S. 26; A.A. v. Münch, aaO. S. 81: "es ist die erste Pflicht des Beamten, seinem Staat zu dienen; dazu gehört, daß er für die Erhaltung des Staatsgebiets eintritt." Wenn auch die SSV nur Grenzberichtigungen anstrebte, so muß dennoch vom Beamten verlangt werden, daß er hier äußerste Zurückhaltung zeigt.

Noch ehe das Bundesverfassungsgericht zur Klage sachlich Stellung nahm, erließ das Bundesministerium für das Post- und Fernmeldewesen am 14.5.1958 eine Verfügung, nach der den Beschäftigten der Deutschen Bundespost mitzuteilen war, daß "eine Beteiligung von Bundespostbediensteten an dieser Volksbefragung selbst oder an Propagandaaktionen für die Durchführung einer solchen Befragung als ein Verstoß gegen die Dienstpflichten anzusehen sei"⁴²⁾. Zur Begründung wurde angeführt, daß die Bundesregierung Volksbefragungen über eine atomare Bewaffnung für verfassungswidrig halte.

Diese Verfügung verletzte das Grundrecht der freien Meinungsäußerung des Beamten, denn das Verbot, an den in den Ländern angeordneten Volksbefragungen nicht teilnehmen oder diese unterstützen zu können, fand weder im GG noch in den Beamtengesetzen eine rechtliche Grundlage. Zum damaligen Zeitpunkt stand nämlich keineswegs fest, daß Volksbefragungen dieses Inhalts verfassungswidrig seien. Die Beteiligung an einer Volksbefragung oder an Propagandaaktionen für die Durchführung einer solchen Befragung konnte daher nicht als ein Verstoß gegen die Dienstpflichten des Beamten angesehen werden⁴³⁾. Die Verfügung verstieß somit gegen Art. 5 I GG. Heute kommt diesem Streit⁴⁴⁾ keine wesentliche Bedeutung mehr zu, da inzwischen das Bundesverfassungsgericht⁴⁵⁾ diese Volksbefragungsgesetze von Hamburg und Bremen für verfassungswidrig erklärt hat.

42) So zitiert in DDB 1958 S.83.

43) Vgl. Hamann in "Volksbefragungen und Grundgesetz" in RiA 1958 S. 145 ff., wo ausgeführt ist: Sind hiernach Volksbefragungen der hier erörterten Art nicht als grundgesetzwidrig anzusehen, dann kann es keinem Zweifel unterliegen, daß einem Beamten (auch des Bundes), der sich für eine solche Volksbefragung aktiv einsetzt, nicht der Vorwurf gemacht werden kann, seiner Pflicht zum Eintreten für die freiheitliche demokratische Grundordnung des GG zuwiderzuhandeln.

44) Nach dem Erlaß dieser Verfügung gingen sofort Protesttelegramme der Deutschen Postgewerkschaft und des Deutschen Gewerkschaftsbundes an den Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen.

45) BuVerfG im U.vom 30.7.1958 in NJW 1958 S. 1339.

d) Das Eintreten für politische Parteien.

In § 53 BBG sind der politischen Betätigung des Beamten ausdrücklich Schranken gesetzt. Der Entwurf des BBG sah im letzten Halbsatz des § 53 I BBG die Bestimmung vor: "er (der Beamte) darf in der Öffentlichkeit nicht als aktiver Anhänger einer politischen Partei hervortreten". Diese Einschränkung wurde jedoch auf Vorschlag des Bundesrats, der hierin eine unzulässige Einschränkung des Grundrechts der freien Betätigung und Meinungsäußerung erblickte, gestrichen. Aus dem gleichen Grunde ist auch Abschnitt I Nr.4 der ersten Durchführungsverordnung zum Bundespersonalgesetz vom 17.6.1950, wonach der Beamte in der Öffentlichkeit nicht als aktiver Anhänger einer bestimmten politischen Partei oder eines bestimmten politischen Programms hervortreten darf, durch Verordnung vom 23.7.1953 (BGBl.I S.661) aufgehoben worden⁴⁶⁾. Der Gesetzgeber hat damit deutlich zu erkennen gegeben, daß den Beamten das Auftreten als aktive Anhänger einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung im Sinne des GG bejahenden Partei gestattet ist.

Eine andere Frage bildet die Stellung der Beamten zu verfassungswidrigen Parteien, d.h. solchen Parteien, die nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitlich-demokratische Grundordnung zu beseitigen oder zu beeinträchtigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden (Art. 21 II GG). Hier bei der Erörterung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung handelt es sich darum, ob ein Beamter sich zu solchen Organisationen und ihren Zielen und Auffassungen bekennen und für sie Stellung nehmen darf.

Zunächst ein kurzer historischer Rückblick. In der Monarchie durfte kein Beamter sich zu staatsfeindlichen Parteien, d.h. zu solchen Parteien, die nicht auf dem Boden der damaligen Rechts- und Staatsordnung standen⁴⁷⁾, bekennen. Das persönliche

46) Die Rechtsgültigkeit dieser Vorschriften war nicht unstritten: vgl. Fischbach in ÖV 1951 S.458 und Grabendorff in ÖV 1951 S. 550.

Treueverhältnis des Beamten zum Monarchen ließ einen Verstoß gegen dessen Interessen als Pflichtverletzung erscheinen. Daher verstieß ein Beamter gegen seine Amtspflichten, wenn er für die sozialdemokratische Partei eintrat, denn diese Partei galt damals als staatsfeindlich, weil sie die monarchische Staatsform bekämpfte⁴⁸⁾.

Ein Wandel trat mit dem Inkrafttreten der Weimarer Verfassung ein, die in Art. 130 II ausdrücklich den Beamten die Freiheit der politischen Gesinnung garantierte. Die damalige herrschende Lehre betrachtete nach der Auslegung dieser Verfassungsbestimmung das bloße Bekenntnis eines Beamten zu einer Partei, die, sei es auch gewaltsam, die Beseitigung der Verfassung anstrebte, nicht als eine Verletzung der den Beamten obliegenden Pflichten, wenn nicht über das bloße Bekenntnis und der bloßen Zugehörigkeit zu der verfassungsfeindlichen Partei die Förderung umstürzlerischer Ziele solcher Parteien durch positive Betätigung vorlag⁴⁹⁾. Diese Verfassungsbestimmung und ihre Interpretation stellte, mit heutigen Augen gesehen, eine kaum verständliche "Großzügigkeit" des Weimarer Staates gegenüber seinen Feinden dar. Die innere Aushöhlung der Weimarer Republik und ihr schließlicher Zusammenbruch werden auch auf diese "Großzügigkeit" zurückgeführt.

Das Grundgesetz, die bayerische Verfassung und die Beamtengesetze haben aus den Erfahrungen die Konsequenz gezogen. In keinem dieser Gesetze ist eine dem Art. 130 II WRV entsprechende Vorschrift aufgenommen worden. Im Gegenteil, Art. 96 II Bay.Verf. und § 52 II BBG bestimmen jetzt klar, daß der Beamte sich jederzeit zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung zu bekennen und zu ihr zu stehen hat. Art. 33 III 2 GG, wonach

47) Vgl. E. des Preuß.OVG vom 20.12.1886 (Bd.14 S.404 ff.) und vom 24.9.1909 (Bd. 55 S.467 ff.).

48) Vgl. Schulze, Die Rechtsprechung des Kaiserlichen Disziplinarhofs, Berlin 1914 S.49.

49) Vgl. U. des Preuß.OVG vom 17.10.1921 (Bd. 77 S.493) und vom 17.1.1924 (Bd.78 S.455), ferner die E. des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich vom 19.12.1929, abgedr. in Lammers-Simons: Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich Bd.II S.80 ff.(93).

niemandem aus seiner Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem Bekenntnisse oder einer Weltanschauung ein Nachteil erwachsen darf, kann nicht herangezogen werden, denn "unter Weltanschauung im Sinne dieser Vorschrift wird man ein metaphysisches Gedankensystem über den Zusammenhang der Welt und dem Sinn des Daseins verstehen müssen, mit der Folge, daß politische Systeme, die sich als Weltanschauungen bezeichnen oder tarnen, auszuscheiden haben"⁵⁰⁾.

Die Freiheit der politischen Gesinnung findet für den Beamten ihre Schranken an der Verpflichtung, sich in seinem ganzen Verhalten zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung zu bekennen. An dieser Stelle verdient eine besondere Beachtung noch der Beschluß der Bundesregierung vom 19.9.1950 (GMB1. S.93), in welchem die Teilnahme eines Beamten an den im Beschluß aufgeführten 13 links- und rechtsradikalen Organisationen und deren Unterstützung als mit seinen Dienstpflichten unvereinbar bezeichnet worden ist. Die Frage, ob die auf Grund des Beschlusses vom 19.9.1950 von der Bundesregierung gegen die im Bundesdienst stehenden Beamten angeordneten Maßnahmen mit dem GG vereinbar sind, ist nicht einheitlich beantwortet worden⁵¹⁾. Grewe und Scheuner vertreten die zutreffende Ansicht, daß es mit der Pflicht des Beamten zu tätigem Eintreten für die freiheitlich-demokratische Grundordnung nicht mehr vereinbar sein kann, wenn er sich zu verfassungsfeindlichen Organisationen bekennt, sie in Wort und Schrift unterstützt und fördert.⁵²⁾

50) So Maunz aaO. S.254.

51) Vgl. das sog. Heidelberger Gutachten, erstattet von der Gesellschaft zur Wahrung der Grundrechte e.V. Mannheim-Heidelberg, einerseits und die Gutachten von Grewe und Scheuner in ihrem vom Deutschen Bund für Bürgerrechte herausgegebenen Rechtsgutachten andererseits; alle drei Gutachten abgedruckt in "Politische Treupflicht im öffentlichen Dienst"; ferner Ule in DVBl. 1951 S.340.

52) Aus diesem Grund bestehen auch keine Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit des Beschlusses der Bayer. Staatsregierung vom 22.7.1958 (siehe Staatsanzeiger Nr.32 vom 8.8.1958) über das Verbot der Förderung radikaler politischer Bestrebungen, denn der Beschluß wendet sich nur gegen solche links- und rechtsradikale Bestrebungen, welche die durch

Dieser Beschluß ist schon aus verfassungsstrukturellen Erwägungen zu bejahen, denn die politische Einheit der Bundesrepublik wäre gefährdet, wenn der Bundesregierung nicht alle Machtmittel zur Erhaltung der Einheit in die Hand gegeben werden⁵³⁾. Auch kann der Bestand der im GG anerkannten Grundrechte nur durch eine feste Staatsordnung sichergestellt werden.

Alle diese Fragen hängen eng zusammen mit dem schwierigen Problem der Selbstverteidigung unseres Staates und unseres Verfassungssystems. Der freiheitlich-demokratische Staat kann nicht freiheitlich und nicht demokratisch sein gegenüber politischen Bestrebungen und Kräften, die es selbst nicht sind. Auch in der Demokratie muß man ein gewisses Maß von Eingriffen in die politische Freiheit einzelner Staatsbürger zulassen, weil man ihr nicht zumuten kann, zuzusehen, wie Anhänger anderer politischer Systeme dank der der Demokratie eigenen Toleranz die freiheitlich-demokratische Grundordnung gefährden. Mit der Möglichkeit einer Aberkennung von Grundrechten (Art. 18 GG) und des Verbots politischer Parteien, welche die freiheitlich-demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden suchen (Art. 21 GG) hat sich das GG zu einer wertbetonten Demokratie bekannt⁵⁴⁾. Das GG hat nicht den entscheidenden Fehler der Weimarer Verfassung, jene "furchtbare Wertneutralität", die volle demokratische Freiheit auch den Todfeinden der Freiheit gewährte⁵⁵⁾ begangen. Alle Bestrebungen, die den Grundsätzen des GG entgegenstehen, können daher auch aktiv bekämpft werden. Erste und selbstverständliche Aufgabe eines jeden Staates ist es, seinen Bestand

die Verfassung gewährleistete freiheitlich-demokratische Staatsordnung zu stören versuchen.

53) Vgl. Koellreutter in DÖV 1951 S.467 und Herbert Krüger in DVBl. 1951 S.361 ff.:nach dem Grundsatz der heutigen aktiven Demokratie gibt es "keine Freiheit für die Feinde der Freiheit".

54) Die österreichische Verfassung kennt diese Möglichkeiten nicht;vgl. Spanner in VVDStRL 13 S. 140 ff.

55) v.Lex in BayVerwBl. 1959 S.136.

vor Angriffen von innen und außen zu schützen. Niemand kann sich deshalb auf Rechte berufen und Rechte ausüben, durch die die freiheitlich-demokratische Grundordnung gestört wird.

Mit Recht kann daher auch unser Staat, der eine wertneutrale Demokratie ausdrücklich abgelehnt hat, der politischen Betätigung seiner Beamten keineswegs gleichgültig gegenüberstehen.

L e b e n s l a u f

Am 8. März 1933 wurde ich als zweiter Sohn des Justizoberinspektors Hans Götzl und seiner Ehefrau Kunigunde, geb. Schlicht in Bayreuth geboren. Meine Kindheit und Jugendzeit verbrachte ich in Bayreuth. Im Frühjahr 1939 trat ich in die Volksschule ein. Von 1943 bis zur Ablegung der Reifeprüfung im Jahre 1952 besuchte ich die Oberrealschule in Bayreuth.

Im Wintersemester 1952/53 nahm ich an der Universität Würzburg das Studium der Rechts- und Staatswissenschaft auf. Im Sommersemester 1954 wechselte ich an die Universität München über. Die letzten vier Semester studierte ich an der Universität Erlangen, wo ich am 17. Juli 1956 die erste juristische Staatsprüfung 1956/I mit der Note "befriedigend" bestand.

Nach Ableistung des Vorbereitungsdienstes für Rechtsreferendare bestand ich am 27. Oktober 1960 in München das zweite juristische Staatsexamen 1960/I mit der Note "befriedigend".

Abschließend darf ich hinzufügen, daß ich deutscher Staatsangehöriger bin.

